Recurso 247/2023
Resolución 266/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 19 de mayo de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **PROYECTOS INDUSTRIALES HNOS. ANTÚNEZ, SL (en adelante PIHA, SL)** contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado "Suministro de material específico para CC.FF. de la familia de hostelería y turismo en centros docentes públicos no universitarios dependientes de la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional con origen de financiación en Fondos Europeos" respecto del lote 3 (Expte. 35/ISE/2022/SC - CONTR CONTR 2022 0000603385), promovido por la Agencia Pública Andaluza de Educación, adscrita a la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional de la Junta de Andalucía, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 2 de diciembre de 2022, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Ese mismo día, los pliegos de la contratación fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil. El valor estimado del presente contrato que se indica en el anuncio de licitación en el perfil es 922.817,64 euros.

Durante la tramitación de la licitación se le ha notificado a la entidad recurrente su exclusión el 2 de mayo de 2023.

SEGUNDO. El 10 de mayo de 2023, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra dicha exclusión respecto del lote 3, interpuesto por la entidad recurrente.

Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del escrito de recurso al órgano de contratación requiriéndole la documentación necesaria para su tramitación y resolución. La documentación fue recibida en este Tribunal el 15 de mayo de 2023.

AL no existir otros licitadores no ha sido necesario dar trámite de alegaciones a terceros interesados.

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 artículo 1 del 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 entidad recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, respecto del lote 3, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra la exclusión de la oferta en el lote 3 de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y es convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador; por tanto, debe admitirse el recurso al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

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

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

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

SEXTO. Alegaciones de las partes.

La notificación de la exclusión expresa el motivo de la misma: el cual consiste en *"no subsanar correctamente la documentación requerida. Los requerimientos respecto de las prescripciones técnicas de los artículos incluidos en este lote no han sido subsanados en su totalidad, debido al incumplimiento de uno de los artículos del lote, el 2105/1 ESTERILIZADOR DE CUCHILLOS COCINA. Por el contrario, en la documentación técnica que presenta el licitador se indica expresamente que el sistema de sujeción de los utensilios/cuchillos no es magnético y justifica la razón por la que se aparta de los requisitos establecidos en el PPT a favor del modelo que oferta: «Los soportes magnéticos pueden dañar el afilado de los cuchillos, también pueden provocar que partículas magnéticas acaben en los alimentos que procesamos con los cuchillos, debido a esto preferimos ofertar un equipo cuyo soporte no esté imantado, mejorando así el PPT». Cabe mencionar al respecto que:*

- *Es obligación de esta comisión técnica verificar que los bienes objeto de suministro cumplen con todas y cada una de las especificaciones técnicas que se requieren en el Pliego de Prescripciones Técnicas, garantizándose así además que no se vulnera el principio de igualdad de trato a todas las entidades que han presentado o pudieran haber presentado oferta para los lotes objeto de esta evaluación.*
- *No existe ninguna referencia en los pliegos a la posibilidad de presentar mejoras en los bienes requeridos, por lo que en ningún caso puede el licitador justificar el incumplimiento de alguno de los requisitos a partir de una supuesta mejora, siempre según el criterio del mismo licitador.*

En consecuencia, se confirma que la documentación técnica presentada por el licitador no cumple en su totalidad con los requerimientos del Pliego de Prescripciones Técnicas."

1. Alegaciones de la interesada.

A. Estima que el pliego de prescripciones técnicas (PPT) debe ser considerado como norma reguladora de la licitación, de tal modo que el mismo es de obligado cumplimiento. Ello lo sostiene porque antes de describir el listado de características necesarias, se dice: *"características mínimas"*.

Expresa que el motivo de la exclusión, no aportar la *"barra porta utensilios/cuchillos" y*a se encuentra en desuso en este tipo de artículo, y que los soportes incluidos con la máquina ofertada, son considerados de mejor calidad por las siguientes razones:

"-Higiénicamente, la superficie del cuchillo en contacto con la barra magnética no es accesible a la luz ultravioleta encargada de la esterilización, por lo que esa superficie no quedaría completamente higienizada (este es el motivo por el que cada vez es menos utilizada). A su vez, pequeñas partículas magnéticas o magnetizadas, pueden acabar en los alimentos.

-La barra magnética, también influye en el afilado de los cuchillos por los golpes producidos en los filos cortantes al colocarlos o retirarlos".

B. Señala que existen precedentes de una licitación igual a la presente. Se trataría del expediente de contratación 00173/ISE/2017/SC, en el cual la entidad recurrente ya fue adjudicataria del lote 3 de ese contrato. Este lote contenía el artículo "2105/1. ESTERILIZADOR DE CUCHILLOS COCINA", expresando que el mismo poseía "*iguales características técnicas que en el artículo 3 del expediente".*

Adjunta, entre otros documentos, el pliego de prescripciones técnicas (PPT) del expediente 00173/ISE/2017/SC, donde se recoge en el folio 60, las características técnicas del artículo: 2105/1. *"ESTERILIZADOR DE CUCHILLOS COCINA".* Asimismo, aporta la ficha técnica del artículo 2105/1. ESTERILIZADOR DE CUCHILLOS COCINA que fue entregada en el expediente 00173/ISE/2017/SC, y también aporta la entregada con el expediente CONTR 2022 0000603385.

Se acompaña igualmente resolución de 24 de octubre de 2018, que contiene el acta de recepción de *"conformidad"* de la Dirección de Equipamientos, Logísticas y Tecnologías, con relación al lote 3 del expediente 00173/ISE/2017/SC. Es decir, quiere significar que ya en *"el año 2018 se entregó el artículo 2105/1 esterilizador de cuchillos cocina con las características técnicas superiores, y fue aceptado por la Mesa de contratación, y su funcionamiento ha sido correcto, no siendo penalizado por ello, ni habiéndose registrado ninguna reclamación con respecto a este lote en general".*

Denuncia pues un cambio de criterio de la *"Mesa de contratación, sin atender a unas características superiores, sino a lo meramente técnico, y ajustándose a lo estrictamente exigido en el PPT como requisitos mínimos (…)"*

Asimismo, expresa que su no exclusión, no habría perjudicado a nadie, porque el lote quedó desierto, es decir "*garantizándose así además que no se vulnera el principio de igualdad de trato a todas las entidades que han presentado o pudieran haber presentado oferta para los lotes objeto de esta evaluación".*

C. Señala que el cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos en el PPT no es, en principio, causa de exclusión del licitador, interesando que "*tales prescripciones deben ser verificadas en fase de ejecución del contrato y no puede presuponerse ab initio que dicho incumplimiento se vaya a producir"*. La naturaleza del PPT es esencialmente la ejecución del contrato, y no la regulación de la licitación y del procedimiento de adjudicación del contrato. Estima que "*el incumplimiento sobre las características técnicas deben ser claramente motivadas, o referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el PPT, donde se especifique la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos, y no motivar el incumplimiento acudiendo a razonamientos meramente técnicos, y por no ajustarse a las exigencias mínimas de los pliegos pueden dar lugar a la adopción de la decisión administrativa de excluir de la licitación a la proposición más ventajosa para la Administración, y perfectamente válidas, y dejándolo desierto por un artículo".*

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Contesta a cada una de las alegaciones de la entidad recurrente, respecto de los motivos de la exclusión que se recogen en su notificación de 2 de mayo de 2023.

A. Estima, por un lado, que los requerimientos respecto de las prescripciones técnicas de los artículos incluidos en este lote no han sido subsanados en su totalidad, debido al incumplimiento de uno de los artículos del lote. En concreto el 2105/1 esterilizador de cuchillos cocina.

Así, señala que en el pliego de prescripciones técnicas se requiere que el referido esterilizador debe disponer de *"barra magnética porta utensilios/cuchillos"*, y que, sin embargo, en la documentación técnica que presenta el licitador se indica expresamente que el sistema de sujeción de los utensilios/cuchillos no es magnético y justifica la razón por la que se aparta de los requisitos establecidos en el PPT a favor del modelo que oferta: *"Los soportes magnéticos pueden dañar el afilado de los cuchillos, también pueden provocar que partículas magnéticas acaben en los alimentos que procesamos con los cuchillos, debido a esto preferimos ofertar un equipo cuyo soporte no esté imantado, mejorando así el PPT".*

Señala que no existe ninguna referencia en los pliegos a la posibilidad de presentar mejoras en los bienes requeridos, por lo que en ningún caso puede el licitador justificar el incumplimiento de alguno de los requisitos a partir de una supuesta mejora, siempre según el criterio del mismo licitador.

Estima que el PPT es de obligado cumplimiento, las especificaciones descritas en el lote 3 dice: *"CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS MÍNIMAS".* Al respecto expresa que las prescripciones de los bienes objeto de la licitación están establecidas siempre con una misma estructura. Señala que los *"requisitos que deben cumplirse, refiriéndose algunos a un valor concreto y otros a un rango de valores posibles"*. Estima que *"cualquier elemento tiene o puede tener más características además de las requeridas, pero no cabe cambios o modulación en las características que se explicitan, ya sea en algún ítem, ya sea en sus valores o rangos, siendo esto lo que pretende la recurrente simplemente con el objetivo de encajar los términos de su propuesta, que lógicamente debe ser la de mayor valor*

competitivo para éste". Estima que en las prescripciones técnicas de manera explícita cuando se necesita establecer una posibilidad de variantes o modelos así se hace, de tal modo que se *"acota cuando es necesario, como puede observarse precisamente en las características técnicas mínimas del artículo en el que incumple la propuesta técnica del recurrente:*
"Esterilizador de cuchillos de cocina
•Capacidad mínima 30 cuchillos."

Por otro lado, recoge lo que la recurrente, siempre según su particular criterio, considera respecto de las especificaciones técnicas del artículo licitado, las cuales no son las más adecuadas, recogiendo textualmente en su recurso:
«la "barra porta utensilios/cuchillos" ya se encuentra en desuso en este tipo de artículo, y que los soportes incluidos con la máquina ofertada, son considerados de mejor calidad por las siguientes razones:
- Higiénicamente, la superficie del cuchillo en contacto con la barra magnética no es accesible a la luz ultravioleta encargada de la esterilización, por lo que esa superficie no quedaría completamente higienizada (este es el motivo por el que cada vez es menos utilizada). A su vez, pequeñas partículas magnéticas o magnetizadas pueden acabar en los alimentos.
-La barra magnética, también influye en el afilado de los cuchillos por los golpes producidos en los filos cortantes al colocarlos o retirarlos.»

Afirma que la recurrente omite la parte de su respuesta de subsanación en la que deja absolutamente patente su intención de apartarse explícitamente del PPT, que señala que así se puso de manifiesto cuando decía «… *preferimos ofertar…».*

Estima que ello se realizó "*sin ningún tipo de fundamento en los pliegos y sólo al amparo de su interés comercial. Confirma así la recurrente la conciencia de que el producto que presentaba en su propuesta técnica inicial incumple el PPT, rehusando de facto subsanar el defecto que le había sido notificado por la Mesa de Contratación".*

Por otro lado, señala que la recurrente obvia la respuesta dada en su día al requerimiento de subsanación y que se utiliza el concepto de mejora para justificar el referido apartamiento del PPT *«…mejorando así el PPT».*

Sostiene que cualquier mejora debe respetar el contenido del artículo 145.7 de la LCSP, es decir, éstas han de estar *"suficientemente especificadas".* Expresa que "*la supuesta mejora propuesta por el recurrente no tiene cabida en este procedimiento de licitación, dado que el PCAP no determina, para este bien ni para ningún otro, aquellos aspectos de la prestación que serían mejorables por las propuestas de los licitadores ni el valor o la ponderación que tendrían como criterio de adjudicación. En consecuencia, la aceptación de la misma, improcedente de todo punto, podría conculcar el principio de que los licitadores han de concurrir en condiciones de igualdad al procedimiento de licitación, al no haber sido informados con antelación de la posibilidad de apartarse del PPT para presentar un esterilizador sin la barra magnética".*

Añade además que "*en ningún caso hizo uso de la posibilidad contemplada en el anuncio de licitación de realizar cuantas consultas estimase conveniente para aclarar cualquier cuestión referida a los requisitos".*

B. Por otro lado, en cuanto a la alegación relativa a los suministros del contrato 2018, cuando afirma que resultó adjudicatario en el expediente 00173/ISE/2017/SC, entre otros, del lote 3 de ese contrato, y el cual ya contenía el artículo 2105/1. ESTERILIZADOR DE CUCHILLOS COCINA con iguales características técnicas que en el artículo 3 del expediente que nos ocupa, de tal modo que justifica que como precedente, en dicho contrato, se puede ver

como las fichas técnicas entregadas en aquél expediente son iguales que las presentadas en este, es decir, que se entregó el mismo artículo que ahora no se admite en la oferta. Estima al respecto que no puede ser objeto de informe "*el análisis de cuestiones de otros procedimientos de contratación, cuanto más habiendo trascurrido más de 5 años y estando sujetos a otra ley. No obstante, dado que la recurrente así lo pone de manifiesto, los casos no son idénticos y, en consecuencia, la decisión respecto de la idoneidad técnica de sus dos propuestas es susceptible de ser distinta".* En este sentido, señala que hay diferencias evidentes en los pliegos de una y otra licitación, "*coincide que las prescripciones técnicas particulares para este artículo son iguales, pero no así las prescripciones técnicas generales que en ambos procedimientos se incluyen y que son igualmente de obligado cumplimiento".*

Señala que "*en el expediente de 2017 la empresa recurrente fue propuesta de adjudicación del lote 3 del expediente 00173/ISE/2017/SC y ésta presentó una ficha técnica del artículo 2105/1, cuya inconcreción originó el consiguiente requerimiento de subsanación por parte de la Mesa de Contratación, recogiéndose en la notificación del requerimiento, «Artículo 2105/1. Esterilizador de cuchillos de cocina. Aclarar si tiene barra magnética y las medidas del equipo». En respuesta al requerimiento de subsanación del expediente de 2017, la ahora recurrente, al igual que en el procedimiento objeto de este recurso, manifestó su preferencia por otro tipo de soluciones, pero por el contrario sí que formuló su subsanación en clave de cumplimiento de las prescripciones técnicas:*
« -Artículo 22105/1: El esterilizador de cuchillos ofertado, no posee barra magnética porque para el mismo número de cuchillos a esterilizar se reduce el tamaño del equipo al no tener que ir en plano. También creemos que reduce el riesgo de corte para el alumnado al no tener que tirar para soltar. Las dimensiones vienen en la oferta (482x155x613 mm). No tenemos problemas en servir un esterilizador de 30 cuchillos con barra magnética.»".

Afirma al respecto que "*la afirmación de conformidad con el requisito técnico objeto de la subsanación en el expediente de 2017 y que resultó en la acreditación de cumplimiento, no ha sido puesta de manifiesto en la subsanación de la verificación de la documentación previa a la adjudicación del expediente actual y objeto de este recurso:*
«Los soportes magnéticos pueden dañar el afilado de los cuchillos, también pueden provocar que partículas magnéticas acaben en los alimentos que procesamos con los cuchillos, debido a esto preferimos ofertar un equipo cuyo soporte no esté imantado, mejorando así el PPT.»

Asimismo, que "*respecto a la entrega, al contrario de lo que recoge el actual pliego en el que se encuadra el lote objeto del presente recurso, en el de 2017 contemplaba en el pliego de prescripciones técnicas generales una posibilidad adicional de realizar cambios de los bienes incluidos en los diferentes lotes por soluciones análogas:*
«EJECUCIÓN DEL CONTRATO
Una vez formalizado el contrato la empresa adjudicataria a requerimiento del Responsable del Contrato, previo al inicio de las entregas, se podrá requerir la presentación de una unidad completa e idéntica a la serie de los artículos incluidos en el contrato a efectos de conseguir la optimización de los procesos de Control de Calidad durante la ejecución. Dada la singularidad de los artículos incluidos en los diferentes lotes de este contrato y que en muchos casos en un mismo lote se incluye una gran variedad de elementos, se prevé la posibilidad de situaciones de rotura de stock o discontinuidad del fabricante que puedan afectar total o parcialmente, en momentos previos al inicio en las entregas, y que se resolverían mediante permutas o sustituciones de artículos. Caso que esa circunstancia se produjese, previa solicitud por parte del contratista, el responsable del contrato resolverá sobre la posibilidad de admitir los cambios que se propongan, siempre que estos se encuadren dentro de soluciones análogas aunque difiera en alguna característica "no crítica" de las incluidas en el PPT. En cualquier caso esas circunstancias que justificase la sustitución de alguno de los elementos, ha de solicitarse dentro del plazo de diez días hábiles previos al inicio de las entregas.»

Expresa que ello, sin embargo, es muy distinto a lo que ocurre en el presente PPT, pues señala que:

«Considerando esas circunstancias, se establecen a continuación los principios generales por las que el licitador podría ser excepcionalmente autorizado a realizar ciertos cambios en los artículos inicialmente ofertados, una vez motivada de manera suficiente dicha necesidad a criterio del órgano gestor.
Sólo estarán permitidos los cambios que se produjesen por el hecho de que un determinado bien ofertado fuese descatalogado por su fabricante o quedase discontinuado en el mercado con carácter posterior a la licitación del contrato, haciendo imposible su suministro. En todo caso, esta circunstancia debe quedar acreditada documentalmente y de manera fehaciente a criterio del órgano gestor del contrato. En consecuencia, con la imprescindible autorización previa del responsable del contrato, podrá suministrarse otro artículo con las mismas o superiores características del original con los siguientes condicionantes:
El adjudicatario deberá comunicar esta circunstancia al responsable del contrato en un plazo no superior a diez días hábiles desde la fecha de formalización del contrato, sin perjuicio del obligado cumplimiento de los plazos de entrega ofertados, cuya contabilización no se verá suspendida por esta circunstancia.
Será imprescindible, para su autorización, que la solicitud venga acompañada de una carta original, firmada y sellada del fabricante, indicando la descatalogación y/o discontinuidad del producto y su fecha.
No se aceptarán cambios por el mero hecho de que determinados distribuidores del producto en cuestión no puedan cumplir los plazos ofertados por el adjudicatario.»

Por todo ello, estima que son diferentes las prescripciones del PPT del contrato de suministro en el que resultó adjudicataria, del contrato de suministro del actual PPT y, en consecuencia, no son casos comparables.

C. Respecto de la última de las alegaciones en cuanto a que el incumplimiento de los requisitos técnicos exigidos en el PPT no es, en principio, causa de exclusión del licitador, y que, en su caso, deben ser claramente motivadas, o referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el PPT, donde se especifique la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos.

Responde señalando que:

a) *"Las condiciones exigidas para participar en la licitación y, en concreto, los requisitos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas, deben ser cumplidos en su totalidad por los licitadores que presentan una proposición económico-técnica a la misma, tal y como se recoge en la abundante doctrina de los Tribunales de Justicia y de Órganos de Recursos Contractuales y que se resume en la Resolución 319/2020 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía que recoge, entre otras, que «las prescripciones técnicas son requisitos que las ofertas de los licitadores deben cumplir de modo obligado para poder continuar en la licitación, hallándose vinculados a las mismas tanto los licitadores como la propia Administración, quien no puede establecer unas condiciones para luego incumplirlas o relativizar su observancia.»*

b) "S*on los principios generales de la Contratación Pública los que impiden precisamente que pueda aceptarse una mejora que no ha sido contemplada en los pliegos de la licitación y, que, por tanto, adolece de carencia de publicidad y transparencia. En consecuencia, la aceptación de esa "supuesta mejora" conculcaría además el principio de no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos".*

c) "*Se reitera que las prescripciones técnicas son requisitos que las ofertas de los licitadores deben cumplir de modo obligado para poder continuar en la licitación*", garantizando además el principio de igualdad de trato a todas las entidades que han presentado o pudieran haber presentado oferta para el lote objeto de esta evaluación.

SÉPTIMO. Sobre el fondo del asunto: consideraciones del Tribunal.

A la vista de las alegaciones de las partes debe darse la razón al órgano de contratación, ni existe falta de motivación (como se recoge en la alegación cuarta del recurso especial) , ni como está configurado en el pliego de prescripciones técnicas, puede presentarse un producto distinto al establecido en el citado pliego de prescripciones técnicas.

En efecto, se trata del cumplimiento de unas características de un suministro conforme a una ficha técnica, cuyas determinaciones estaban fijadas en el PPT. No existe valoración alguna, ni interpretación conforme a un juicio de valor, sino una apreciación de que cumple con dichos requisitos técnicos.

En cuanto a la posibilidad de ponderar sobre el cumplimiento de los requisitos técnicos establecidos en el PPT, la entidad recurrente se limita a invocar, de manera genérica, la doctrina relativa al antiformalismo, al principio de proporcionalidad insistiendo en que no todo incumplimiento puede determinar la exclusión automática del licitador.

Los incumplimientos concretos que motivan la exclusión por parte del órgano de contratación, estima que constituyen una mejora. Sin embargo traslada a este Tribunal una función que no le corresponde y que compete exclusivamente al órgano de contratación en el ejercicio de su facultad de apreciación ya que la determinación de ese carácter mínimo es algo que corresponde decidir, con cierto grado de discrecionalidad, al órgano técnico de la Administración cuyo juicio de valor goza de una presunción de acierto, razonabilidad e imparcialidad, la cual no ha quedado en entredicho, dado que el PPT establece ya ese margen de proporcionalidad , pero supeditado como señala el PPT a autorización. En este sentido, se señala en la página 27 lo siguiente :

"CAMBIOS EN LOS BIENES OFERTADOS
Las marcas y modelos de los artículos ofertados forman parte también de las condiciones de obligado cumplimiento del contrato.
Considerando esas circunstancias, se establecen a continuación los principios generales por las que el licitador podría ser excepcionalmente autorizado a realizar ciertos cambios en los artículos inicialmente ofertados, una vez motivada de manera suficiente dicha necesidad a criterio del órgano gestor.
Sólo estarán permitidos los cambios que se produjesen por el hecho de que un determinado bien ofertado fuese descatalogado por su fabricante o quedase discontinuado en el mercado con carácter posterior a la licitación del contrato, haciendo imposible su suministro. En todo caso, esta circunstancia debe quedar acreditada documentalmente y de manera fehaciente a criterio del órgano gestor del contrato. En consecuencia, con la imprescindible autorización previa del responsable del contrato, podrá suministrarse otro artículo con las mismas o superiores características del original con los siguientes condicionantes:
1. El adjudicatario deberá comunicar esta circunstancia al responsable del contrato en un plazo no superior a diez días hábiles desde la fecha de formalización del contrato, sin perjuicio del obligado cumplimiento de los plazos de entrega ofertados, cuya contabilización no se verá suspendida por esta circunstancia.
2. Será imprescindible, para su autorización, que la solicitud venga acompañada de una carta original, firmada y sellada del fabricante, indicando la descatalogación y/o discontinuidad del producto y su fecha.
3. No se aceptarán cambios por el mero hecho de que determinados distribuidores del producto en cuestión no puedan cumplir los plazos ofertados por el adjudicatario.

Si durante el proceso de recepción de bienes el órgano gestor del contrato comprobase que un determinado elemento, a pesar de ser el modelo ofertado, de facto no cumple las especificaciones técnicas recogidas en el pliego,

comunicará el rechazo del artículo y de manera potestativa podrá contemplar la posibilidad de que el adjudicatario lo sustituya por otro bien con iguales o superiores características, sin perjuicio de las posibles penalizaciones que se recojan en el PCAP."

Lo expuesto responde a la doctrina constante en la materia de este Tribunal y del resto de Órganos de resolución de recursos contractuales. Así en nuestra Resolución 250/2018, de 13 de septiembre, señalábamos la necesidad de que la oferta se ajuste a las especificaciones técnicas de los pliegos, constituyendo ambos, el de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas, la ley del contrato, que vincula no solo a los licitadores que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas, sino también a la Administración o entidad contratante autora de los mismos. En el supuesto examinado resolución se desestimó el recurso y se consideró ajustada a derecho la exclusión de la oferta recurrente porque «*si el órgano de contratación hubiera admitido la oferta (...) en los términos en que se formuló no solo se habría apartado de las condiciones que él mismo había fijado en los pliegos que aprobó, sino que habría vulnerado el principio de igualdad de trato en perjuicio de aquellos otros licitadores que sí se hubieran ajustado a las exigencias del PPT».*

Resulta igualmente ilustrativa nuestra Resolución 307/2018, de 2 de noviembre, donde se analizó un supuesto en que se habían admitido ofertas que incumplían el PPT. La transcribimos parcialmente por la aplicación de su argumentación jurídica al caso que ahora analizamos. La citada Resolución señalaba que: «*Tratándose de una agrupación [de lotes] tan amplia y debiendo adjudicarse la misma en su totalidad a un único licitador, puede resultar difícil que todas y cada una de las prescripciones técnicas de los distintos lotes que componen la agrupación sean cumplidas estrictamente por las distintas ofertas, pero los términos del PPT no admiten modulación ni funcionalidad equivalente respecto de los distintos elementos que componen los lotes de la 7 agrupación, por lo que una oferta que no se ajuste a sus requerimientos técnicos supondría una alternativa a las exigencias del pliego que no puede admitirse so pena de vulnerar el principio lex contractus -también predicable del PPT conforme a reiterada doctrina de este Tribunal y del resto de Órganos de recursos contractuales- el de igualdad de trato, en perjuicio de aquellas ofertas que sí pudieran adecuarse a tales exigencias y el de seguridad jurídica. Quiere decirse, pues, que la complejidad que pueda suponer el que una determinada oferta satisfaga todas las prescripciones técnicas de los 54 lotes de la agrupación no debe llevar a la relativización de su cumplimiento o a la admisión de modos equivalentes de cumplimiento, máxime cuando el PPT no admite modulaciones o alternativas posibles, circunstancia esta que, de haberse previsto en los pliegos, hubiera permitido un margen de discrecionalidad en el órgano técnico evaluador a la hora de verificar el cumplimiento de aquellas exigencias. Así pues, a falta de otra previsión en los pliegos y tratándose de requisitos cuya existencia es constatable de un modo objetivo, el criterio que debe regir para decidir sobre su observancia es el de su propia existencia en los términos descritos en los documentos de la licitación, sin admitir interpretaciones que fuercen el cumplimiento en términos de equivalencia».* Asimismo, la Resolución 35/2020, de 6 de febrero, estimó un recurso en el que, como sucede en el supuesto que analizamos, se denunciaba que la adjudicataria debía haber sido excluida por incumplimiento del PPT. En la misma, tras señalar la vinculación al contenido de los pliegos tanto de los licitadores como del órgano de contratación, manifestábamos que, si el órgano de contratación consideraba que las cantidades de los componentes del producto conforme al PPT no debían considerase rígidas y que era posible un rango de aproximación a las descritas en el pliego, debió preverlo con claridad en dicho documento contractual para general conocimiento de todos los licitadores. Al no haberlo hecho, se autolimitó en su facultad posterior de apreciación, quedándole vetado flexibilizar las exigencias del pliego en favor de una mayor concurrencia, pues en tal caso estaría beneficiando al licitador cuyo producto no se ajustó a los requerimientos exigidos, en perjuicio de aquel otro que pudo respetar dichas exigencias.

Con arreglo a la doctrina expuesta, en el supuesto analizado, ha quedado acreditado, que, a pesar de establecer el pliego unos requisitos técnicos mínimos claros y precisos, con los que el órgano de contratación se

autolimitaba en el ejercicio de su facultad de apreciación, sin ser posible una interpretación y valoración de los requisitos técnicos fijados al margen de las condiciones establecidas, vulnerando, a juicio de este Tribunal, el principio de igualdad de trato entre los licitadores.

Cuestión distinta es que se hubiesen fijado las condiciones o prescripciones técnicas mínimas exigidas dentro de un rango o variantes, que hubiera permitido, en su caso, valorar y ponderar las ofertas en función de los rangos establecidos. Pero, a diferencia de ello, los requisitos mínimos están taxativamente establecidos en el PPT, con arreglo a medidas, condiciones y características fijas, por lo que estaba vetado al órgano de contratación apartarse de las condiciones preestablecidas, so pena de vulnerar el principio de igualdad de trato.

Como señalamos en nuestra Resolución 449/2020, de 17 de diciembre, cuando se trata de determinar si una oferta cumple o no el PPT se reduce el margen de discrecionalidad técnica porque no se trata de valorar o evaluar una proposición, sino de verificar objetivamente si la misma cumple unos requisitos técnicos concretos. Además, cuando el órgano de contratación en los pliegos o en los documentos que rigen la licitación define las condiciones que pretende imponer a las entidades licitadoras -como sucede, según hemos analizado, en nuestro caso- han de cumplirlas todos los equipos ofertados y en todo momento-, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de las entidades licitadoras sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre las mismas.

En este sentido, el principio de igualdad de trato impide que por la mesa o el órgano de contratación se modifique a favor de alguna de las entidades licitadoras las previsiones establecidas para la realización de una actividad simultánea para todas ellas.

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

Como conclusión de cuanto antecede, siendo ya el PPT un acto firme y consentido, al no constar impugnación del mismo en el extremo particular analizado, tanto las entidades licitadoras como el órgano de contratación han de estar y pasar por su contenido, siendo improcedente la admisión por parte de la mesa de contratación de la proposición presentada por la entidad recurrente pues la misma ha incumplido, conforme a la documentación contenida en su oferta, los aspectos reseñados.

Por otro lado, y con relación al contrato ya ejecutado, estimamos justificada la existencia de divergencias con la diferencia de redacción del clausulado del PPT entre ambos expedientes de contratación. Es decir, en el sentido de adverar ese precedente, con los efectos que determina el artículo 35.1 c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo Común de las Administraciones Públicas, por lo que no puede considerarse la existencia de un precedente por que los supuestos no son idénticos por muy similar que sea el contexto, dadas las diferencias entre los pliegos.

Únicamente, y a mayor abundamiento, se considera por el Tribunal que en cualquier caso, no puede invocarse una aplicación igualitaria de la Ley partiendo del incumplimiento de la normas como presupuesto. La alegación de la existencia de caso similar con criterio distinto, no permite la extensión automática de tal regla, pues la única pauta a seguir por la Administración es la de la legalidad y no la del precedente o inercia de errores. Como se ha dicho por la jurisprudencia *«es sabido que el precedente solo puede prosperar si el mismo se ha producido dentro de la legalidad, y ello sin perjuicio de la posibilidad que tiene la Administración de apartarse del precedente haciéndolo de forma suficientemente motivada, motivación que en este caso viene obligada por la sujeción de la actuación administrativa al ordenamiento jurídico, lo que excluye la actuación arbitraria o discriminatoria»* (STS de 5 de diciembre de 2018, rec. 1910/2016).

En consecuencia, con fundamento en las consideraciones realizadas, procede desestimar el recurso.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **PROYECTOS INDUSTRIALES HNOS. ANTÚNEZ, SL (en adelante PIHA, SL)** contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado "Suministro de material específico para CC.FF. de la familia de hostelería y turismo en centros docentes públicos no universitarios dependientes de la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional con origen de financiación en Fondos Europeos" respecto del lote 3 (Expte. 35/ISE/2022/SC - CONTR 2022 0000603385), promovido por la Agencia Pública Andaluza de Educación, adscrita a la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional de la Junta de Andalucía, por los motivos señalados en el Fundamento de Derecho Séptimo.

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

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las 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.