



## Resolución nº 20/2023 de septiembre de 2023

**VISTO** el escrito presentado en la Sede Electrónica del Ayuntamiento de Málaga (SEAM) en fecha de 17 de agosto de 2023, por el que Don A. G. G., actuando en nombre y representación que acredita de **SUMINISTROS INDUSTRIALES INCOMER, S.L.** (en adelante INCOMER), interpone recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de 7 de julio de 2023 de la Mesa de Contratación de la empresa municipal, LIMPIEZA DE MÁLAGA, S.A.M. (LIMASAM), contenido en el Acta de la misma fecha, aprobando la exclusión de las ofertas a los Lotes 2 y 3, de la entidad recurrente, al contrato para el «*SUMINISTRO EN RÉGIMEN DE ADQUISICIÓN, DE CALZADO DE SEGURIDAD PARA LOS TRABAJADORES DE LIMPIEZA DE MÁLAGA, S.A.M. -DIVIDIDO EN TRES LOTES-*», en el Expt. PL008/2023 de la Presidencia del Consejo de Administración de LIMPIEZA DE MÁLAGA, S.A.M.; por este Tribunal, en ejercicio de las competencias que tiene conferidas, en el día de su firma, ha adoptado la siguiente, **Resolución**:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.** – Tras las actuaciones preliminares necesarias mediante resolución (págs. 111-112 expt.) de fecha 26 de enero de 2023 de la Vicepresidenta del Consejo de Administración de la empresa LIMPIEZA DE MÁLAGA, S.A.M. (en adelante LIMASAM), publicada en su perfil de ente contratante el día 27 de enero de 2023, alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP), a los efectos del artículo 117 de la LCSP, se aprobó el mencionado expediente de contratación así como el cuadro de condiciones administrativas particulares (CCP) y técnicas (PPT) que rigen la licitación, y se dispuso la apertura del procedimiento de adjudicación mediante sistema abierto y pluralidad de criterios de valoración, tramitación ordinaria y sujeto a regulación armonizada, a tenor de lo establecido en los artículos 131.2, 145 y 156 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

El anuncio de la licitación al ser por su valor estimado un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada (aunque con error evidente no se haya especificado así en los anuncios publicados en la PLACSP), fue enviado al Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), a través de la PLACSP, el día 27 de enero de 2023, siendo publicado en el DOUE del día 1 de febrero de 2023, con la reseña: 2023/S 023-065895

Igualmente, dicho anuncio fue publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público –PLACSP– con fecha 29 de enero de 2023 (págs. 128-135 expt.), procediendo el Departamento de Contratación de LIMASAM, el día 17 de febrero de 2023, a publicar el anuncio de los pliegos de condiciones que rigen la contratación en la referida Plataforma electrónica (págs. 136-144), finalizando el plazo para la presentación de ofertas a las 23:59 horas del día 19 de marzo de 2023.

Código Seguro De Verificación	7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	06/09/2023 10:45:47	
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	1/26	
Url De Verificación	<a href="https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==">https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==</a>			



Además, consta en el expediente remitido (pág. 145) una serie de preguntas y aclaraciones a los pliegos (págs. 53 y 113) solicitadas por los licitadores al órgano de contratación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 138.3 de la LCSP, que fueron contestadas y publicadas en el perfil del ente contratante alojado en la PLACSP, sin que conste su regulación específica –cuadro o cláusula nº 29– del Cuadro de Condiciones Administrativas Particulares (CCP) publicado en la misma plataforma, sin perjuicio de la admisión y contenido de las mismas.

**Segundo.** – El presupuesto base de licitación de la totalidad del contrato se ha fijado, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 100 de la LCSP, en la cantidad de 112.975,00 euros, sin incluir impuestos, sin perjuicio del apartado primero de la citada norma.

El valor estimado del contrato de suministro, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 101 de la LCSP, asciende a la cantidad de 225.975,00 euros, sin incluir impuestos, en cumplimiento del apartado primero de la norma indicada.

El objeto del contrato se ha dividido en tres lotes, siguientes:

-Lote 1: Suministro, en régimen de adquisición, de calzado de seguridad para operarios y conductores.

-Lote 2: Suministro, en régimen de adquisición, de calzado de seguridad para trabajadores de baldeo y limpieza (botas de agua)

-Lote 3: Suministro, en régimen de adquisición, de calzado de seguridad para mandos intermedios.

El plazo de ejecución del contrato ha sido fijado en 12 meses, desde la formalización, con una posible prórroga de 12 meses.

Los códigos de clasificación del CPV, asignados según los pliegos y el anuncio, a los efectos de lo establecido en el artículo 2.4 de la LCSP, son:

- 18330000 - Camisetas y camisas.
- 18830000 - Calzado de protección.

El objeto del contrato de suministro es la adquisición de calzado de seguridad para los empleados de la empresa municipal, contrato de carácter privado [artículo 26.1, b) de la LCSP].

**Tercero.** – Según el contenido del expediente (pág. 146, expt.) a los dos Lotes objeto del recurso, y lo indicado en el informe remitido al Tribunal por el órgano de contratación, en la licitación se han presentado las siguientes ofertas incluida la recurrente.

- Lote 2, ocho empresas.

Código Seguro De Verificación	7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	06/09/2023 10:45:47	
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	2/26	
Url De Verificación	<a href="https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==">https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==</a>			

-Lote 3, once empresas.

El recurso se centra en la impugnación de la exclusión de la oferta de INCOMER, a los lotes 2 y 3, por no haber presentado de conformidad a lo establecido en los pliegos las muestras de calzado, a suministrar en cada lote.

**Cuarto.** – De lo acreditado en el expediente remitido, a tenor de lo previsto en el apartado o cláusula 10.2 del Cuadro de Características Particulares (en adelante CCP) para el procedimiento de contratación, después de la apertura de los diferentes sobres electrónicos nº Dos, recogidos en dicho documento rector de la licitación, por la Mesa de Contratación (apartado 2.3 del Acta de la Mesa, pág. 244 del expt.) el 24 de abril de 2023 se remitió la documentación correspondiente y las muestras presentadas por los licitadores para cada lote, para la emisión del informe técnico “de conformidad” correspondiente, por el responsable competente en la materia en la empresa.

Consta en el expediente (pág. 236), que en fecha 30 de mayo de 2023, por el Responsable de Vestuarios y EPIS de la empresa municipal, se emite informe sobre las muestras presentadas, y respecto de las del Lote 2 y 3, concluye lo siguiente:

**Lote 2. Calzado de seguridad impermeable para trabajadores de limpieza de Málaga.**

Licitador	Requisito PPT	Elemento propuesto que no cumple con lo	Conclusión
-----------	---------------	---	------------

		requerido en el PPT	
11. SUMINISTROS INDUSTRIALES INCOMER. S.L.	Calzado de seguridad impermeable (botas de agua) para trabajadores de limpieza de Málaga. N.º 2 BOTAS. Talla 38 y 43.	Presenta una bota de la talla 38 y otra de la 43.	EXCLUIDO

**Lote 3. Calzado de seguridad para mandos intermedios**

Licitador	Requisito PPT	Elemento propuesto que no cumple con lo requerido en el PPT	Conclusión
7. PROTEX., S.C.	Calzado de seguridad para mandos intermedios N.º 2 zapatos. Talla 38 y 43.	Presenta botas en lugar de zapatos.	EXCLUIDO
8. RECA HISPANIA	Calzado de seguridad para mandos intermedios N.º 2 zapatos. Talla 38 y 43.	Presenta zapatos de la 43 pero no de la 38	EXCLUIDO
11. SUMINISTROS INDUSTRIALES INCOMER. S.L.	Calzado de seguridad para mandos intermedios N.º 2 zapatos. Talla 38 y 43.	Presenta una bota de la talla 38 y otra de la 43.	EXCLUIDO

El informe fue publicado en la PLACSP, el día 1 de junio de 2023.

Código Seguro De Verificación	7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	06/09/2023 10:45:47
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	3/26
Url De Verificación	<a href="https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==">https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==</a>		





**Quinto.** – En el Acta de la Mesa, incluida en el expediente remitido, sobre el informe aludido en el apartado anterior, se acuerda:

*“3.4. Los licitadores siguientes no son incluidos en la clasificación prevista en el apartado siguiente por cuanto queda acreditado del contenido de su oferta, en los términos previstos en el informe de conformidad de las muestras presentadas, que su propuesta incumple el apartado 6 del PPT, donde “La no presentación total o parcial de muestras será motivo de exclusión de la licitación, en la medida que no permite verificar el cumplimiento de las características exigidas”:*

<b>Lote 1 - Calzado de seguridad para operarios y conductores de limpieza, recogida, tratamiento y taller</b>
EQUIPAMIENTO INSTITUCIONAL, S.A.U.
ITURRI, S.A.
TRANSDUERO, S.L.
VESTUARIO Y PROTECCIÓN LABORAL JOYSA, S.L.

<b>Lote 2. Calzado de seguridad impermeable para trabajadores de limpieza de Málaga</b>
SUMINISTROS INDUSTRIALES INCOMER. S.L.

<b>Lote 3. Calzado de seguridad impermeable para trabajadores de limpieza de Málaga</b>
PROTEX., S.C.
RECA HISPANIA
SUMINISTROS INDUSTRIALES INCOMER. S.L.

**Sexto.** – En fecha 14 de junio de 2023, la empresa INCOMER, presentó escrito con el título de Recurso Especial, contra el informe reseñado en el apartado Cuarto anterior, y contra los informes de valoración emitidos por el Responsable de Vestuarios y EPIS de LIMASAM, y al entender el Tribunal que dichos actos, no estaban contemplados en el apartado 2, del artículo 44 de la LCSP, como posibles objeto del recurso, y que se trataba de una petición de corrección de defectos en la tramitación del procedimiento licitación, en los términos del artículo 44.3 de la propia LCSP, se remitió al órgano de contratación para la tramitación correspondiente, sin considerarlo como recurso especial, propiamente.

No consta, en el expediente remitido, la documentación relativa a dicho documento y su tramitación, en la fundamentación jurídica examinaremos dicha incidencia.

**Séptimo.** – Consta en el expediente que, en fecha no determinada entre el 30 de mayo y el 7 de julio de 2023, la Mesa de Contratación ha aceptado los informes emitidos por el técnico responsable de la empresa municipal, sobre la conformidad o no de las muestras presentadas y de la valoración de las ofertas presentadas a los distintos lotes, constando en una única Acta de la Mesa de Contratación, comprensiva de todas las sesiones o reuniones mantenidas por el órgano asistencial, con firma electrónica el 7 de julio de 2023, en la que se recogen todos los acuerdos adoptados, que ha sido publicada

<b>Código Seguro De Verificación</b>	7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==	<b>Estado</b>	<b>Fecha y hora</b>	
<b>Firmado Por</b>	Salvador Romero Hernández	Firmado	06/09/2023 10:45:47	
<b>Observaciones</b>	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	<b>Página</b>	4/26	
<b>Url De Verificación</b>	<a href="https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==">https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==</a>			



en la PLACSP el día 27 de julio de 2023.

**Octavo.** – Como queda epigrafiado en la cabecera, en fecha 17 de agosto de 2023, INCOMER ha presentado recurso especial en materia de contratación contra el Acta referenciada, a tenor de las alegaciones que seguidamente extractamos:

1ª.- Que la empresa ha presentado las muestras con su oferta a los Lotes 2 y 3, de conformidad a lo previsto en el Anexo II “Muestras” del Pliego de Prescripciones Técnicas, manifestando lo siguiente:

“En fecha 16/03/2023, se envían mediante correo postal las muestras de calzado por parte de SUMINISTROS INDUSTRIALES INCOMER, S.L, relativas a los lotes 2 y; y de acuerdo con lo indicado en el Anexo II, se envía “1 bota del número 38 y otra bota del número 43 respecto del Lote 2” y también “1 zapato del número 38 y otro del número 43, respecto del Lote 3”. Esta parte, entiende que las muestras estarían correctamente aportadas, ya que, tal y como cualquier persona, bien diligente profesionalmente podría entender, en los requisitos de muestras de los Lotes 2 y 3, tan sólo se exigiría un único zapato/bota de cada una de las tallas que se piden (concretamente, la 38 y la 43), ya que, existe un gran diferencia con los requisitos que para el Lote 1 se exigirían, en los cuales se piden, para el caso de que sólo se pida muestra de una sola talla, tal y como consta en la tabla, se pide “1 bota”.

(insertando copia del indicado Anexo II, del PPT).

Estas exigencias, han sido interpretadas por SUMINISTROS INDUSTRIALES INCOMER, S.L, al igual que podría interpretar cualquier persona a su buen saber y entender, como que, para el caso de que se pidan muestra de dos tallas, se debe aportar 1 unidad de zapato/bota de cada talla, y en caso del Lote 1, en el caso de que sólo se pide una talla (la nº 43), tan sólo se pide 1 unidad (de bota, en este caso).”

2ª.- Que a la empresa no se le ha dado posibilidad de subsanar la presentación defectuosa de las “muestras”, manteniendo lo siguiente:

“El objeto y pretensión principal del presente recurso versa sobre la errónea tramitación del proceso de valoración y adjudicación del Contrato de Suministro, en régimen de adquisición, de calzado de seguridad para los Trabajadores de Limpieza de Málaga”, y todo ello, por no dar la entidad contratante plazo de subsanación de defectos formales a las partes licitadoras, en los términos contenidos en la Ley 9/2017, concretamente en el artículo 326.2.a), el cual establece, con respecto a las Mesas de Contratación:

“a) La calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos a que se refieren los artículos 140 y 141, y, en su caso, acordar la exclusión de los candidatos o licitadores que no acrediten dicho cumplimiento, previo trámite de subsanación”.

En relación con el mismo, nos encontraríamos con lo dispuesto en el artículo 81.2 del RGLCAP, al establecer que se concederá un plazo no superior a tres días hábiles para subsanar la documentación; trámite este, el cual no se ha dado.”

Alude a que en el Acta de la Mesa publicada en la PLACSP, se indica que para el Lote 3, la razón de ser excluida, es por no haber presentado la “subsanación requerida”, cuando en ningún momento se le ha requerido para subsanar la presentación de las

Código Seguro De Verificación	7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	06/09/2023 10:45:47	
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	5/26	
Url De Verificación	<a href="https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==">https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==</a>			



muestras. [Anotación del Tribunal: *por lo que se observa en la transcripción contenida en el acta aludida –apartado 3.2– adolece de un error material al no corresponderse con el texto exacto del informe técnico de 30 de mayo de 2023 respecto del Lote 3, en el que se basa.*]

Que la falta de trámite de subsanación, es desproporcionada y ha puesto a la empresa en indefensión.

En el escrito de recurso, finalmente se solicita:

*“...que se tenga por presentado este escrito con los documentos adjuntos, se sirva admitirlo y tener por interpuesto RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN frente al ACTA DEL ÓRGANO DE ASISTENCIA por la cual SE EXCLUYE del expediente de Contratación del contrato de “SUMINISTRO EN REGIMEN DE AQUISICIÓN, DE CALZADO DE SEGURIDAD PARA LOS TRABAJADORES DE LIMPIEZA DE MÁLAGA, S.A.M” al licitador SUMINISTROS INDUSTRIALES INCOMER, S.L de los Lotes 2 y 3 y, previa la tramitación legal que corresponda, y en virtud de lo expresado y razonado en el cuerpo del presente escrito, sea dictada resolución por la que, estimando el presente recurso:*

*a) Se anule el ACTA DEL ÓRGANO DE ASISTENCIA, como resolución/acto de trámite adoptado en el procedimiento que decide indirectamente sobre la adjudicación, determinando la imposibilidad de continuar en el procedimiento a SUMINISTROS INDUSTRIALES INCOMER, SL.*

*b) Se proceda a dar TRÁMITE DE SUBSANACIÓN al licitador excluido, expresando de forma CLARA Y CONCISA el número de ejemplares de cada talla de producto objeto del contrato que se deben aportar.*

*c) Se retrotraigan las actuaciones al momento de la valoración de las ofertas admisibles, post trámite de subsanación pertinente, de acuerdo a lo que indica la Ley 9/2017.”*

**Noveno.** – El mismo día 17 de agosto de 2023, este Tribunal dio traslado del recurso especial presentado, a la empresa pública local malagueña impulsora de la contratación del suministro de calzado, requiriendo el expediente y la emisión del informe preceptivo sobre el procedimiento de contratación seguido, todo ello, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56. 2 de la LCSP.

En fecha 25 de agosto de 2023, ha tenido entrada en el Tribunal, la documentación requerida incluido el informe, tal y como veremos en los fundamentos jurídicos de la presente.

**Décimo.** – No se ha concedido traslado del recurso, ni dado plazo para formular alegaciones a otros interesados, ya que no se van a tener en cuenta otros hechos, ni otras alegaciones que las que ha realizado la empresa recurrente o consta en el expediente administrativo remitido junto con el informe del Servicio de Contratación y Compras de la Administración proponente e impulsora del contrato, en virtud de lo dispuesto en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, como supletoria de la legislación de contratos a tenor de lo recogido en la Disposición Final Cuarta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de

Código Seguro De Verificación	7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	06/09/2023 10:45:47	
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	6/26	
Url De Verificación	<a href="https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==">https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==</a>			



Contratos del Sector Público (LCSP), aquí aplicable, y en especial a tenor de lo dispuesto en el apartado 1º del artículo 56, de la LCSP, que dispone el procedimiento que debe seguirse para la tramitación de los recursos en materia de contratación.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** – La competencia de este órgano especializado independiente, para resolver el recurso presentado deviene de lo establecido en el artículo 47.1º de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), Ley 9/2017 de 8 de noviembre; en el artículo 10.1º del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en el artículo 4 del Reglamento Orgánico por el que se regula el Tribunal de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga, publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de 31 de octubre de 2012, en lo que no se oponga a lo establecido en la Ley citada en primer lugar.

Debemos tener en cuenta que LIMASAM, es una empresa sociedad anónima municipal creada por el Ayuntamiento de Málaga, que ostenta la cualidad de poder adjudicador municipal pero no es una Administración Pública (PANAP), por lo que la competencia a este órgano especializado le viene dada por lo dispuesto en el apartado 1º del artículo 47 de la LCSP, que establece:

*“1. Cuando se trate de los recursos interpuestos contra actos de los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, la competencia estará atribuida al órgano independiente que la ostente respecto de la Administración a que esté vinculada la entidad autora del acto recurrido.”*

En el cuadro o cláusula 28º del CCP, incluido en el expediente, se informa como medio procedente para la impugnación de los actos acaecidos en el procedimiento de contratación el recurso especial aludido, indicando el documento rector el órgano competente para resolverlo señalando a este Tribunal Administrativo, igualmente se especifica en los anuncios publicados en la PLACSP, sobre el expediente de contratación.

Rigiéndose los contratos de estos PANAP, por lo dispuesto en los artículos 316 a 320 de la LCSP.

Es de reseñar que el Ayuntamiento de Málaga ha establecido en su Sede Electrónica (SEAM), la posibilidad de la presentación del recurso especial en materia de contratación, habilitando los medios electrónicos, informáticos y telemáticos exigidos en la LCSP (artículo 54), además de la asignación de la dirección electrónica del Tribunal: [tarcaytomalaga@malaga.eu](mailto:tarcaytomalaga@malaga.eu)

**Segundo.** – El acto impugnado es el acuerdo adoptado por la Mesa de Contratación de LIMASAM, por el que se aprueba la propuesta de exclusión de la oferta

Código Seguro De Verificación	7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	06/09/2023 10:45:47	
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	7/26	
Url De Verificación	<a href="https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==">https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==</a>			



a los Lotes 2 y 3 de la empresa INCOMER, según el informe de 30 de mayo de 2023 emitido por el Responsable de Vestuario y EPIS, de la empresa municipal, al considerar que las muestras presentadas con la oferta, son incompletas al haber enviado sólo la bota o el zapato de un pie, de cada número o talla prevista en los pliegos, en lugar del par completo de cada talla, de los respectivos lotes.

De conformidad a lo establecido en los apartados del artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP, el acuerdo de exclusión es susceptible de recurso especial en materia de contratación, al ser un contrato de suministro de carácter privado con un valor estimado global superior a 100.000 euros, en relación al artículo 101.12 de la LCSP, y al impugnarse el acuerdo de exclusión, dentro de las competencias del órgano asistencial, al siguiente tenor:

El artículo 326 de la LCSP, establece:

*“2. La mesa de contratación, como órgano de asistencia técnica especializada, ejercerá las siguientes funciones, entre otras que se le atribuyan en esta Ley y en su desarrollo reglamentario:*

*a) La calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos a que se refieren los artículos 140 y 141, y, en su caso, acordar la exclusión de los candidatos o licitadores que no acrediten dicho cumplimiento, previo trámite de subsanación.*

*b) La valoración de las proposiciones de los licitadores.*

*c) En su caso, la propuesta sobre la calificación de una oferta como anormalmente baja, previa tramitación del procedimiento a que se refiere el artículo 149 de la presente Ley.*

*d) La propuesta al órgano de contratación de adjudicación del contrato a favor del licitador que haya presentado la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145, según proceda de conformidad con el pliego de cláusulas administrativas particulares que rija la licitación.*

*e) En el procedimiento restringido, en el diálogo competitivo, en el de licitación con negociación y en el de asociación para la innovación, la selección de los candidatos cuando así se delegue por el órgano de contratación, haciéndolo constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares.”*

Teniendo en cuenta que el artículo 44.2. b), de la LCSP, establece que pueden ser objeto de recurso especial, las siguientes actuaciones:

*“b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerden la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.”*

Código Seguro De Verificación	7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	06/09/2023 10:45:47	
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	8/26	
Url De Verificación	<a href="https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==">https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==</a>			



El acuerdo de la Mesa, tenemos que el órgano asistencial ha ejercido la función prevista en el artículo 326.2, en su apartado *b)*, sobre "*valoración de las proposiciones de los licitadores*"; para lo que ha recabado el auxilio de un técnico de la propia empresa municipal, con el resultado reseñado en los apartados fácticos CUARTO y QUINTO (*ut supra*).

Estando ante un acto trámite de carácter cualificado, que determina la imposibilidad de continuar en el procedimiento de licitación, entre otras, de la empresa INCOMER, por lo que puede ser objeto del recurso especial administrativo presentado.

**Tercero.** – Respecto a la legitimación de INCOMER S.L., para la interposición del recurso, hay que considerar que el artículo 48 de la LCSP, dispone:

*“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto de recurso.”*

Y al ser la recurrente una de las empresas que ha participado en el procedimiento de licitación, en el que ha quedado excluida, en aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre el "**interés legítimo**", reiteradamente expuesta en las resoluciones de los Tribunales de igual naturaleza, que también venimos aplicando en el nuestro, debe admitirse la legitimación de la mercantil recurrente, pues la eventual estimación de sus pretensiones conduciría a seguir en la licitación.

Constando acreditada la representación de la persona que firma el recurso, en nombre de dicha entidad.

**Cuarto.** – En cuanto al cumplimiento del plazo para la interposición del recurso especial, a tenor de lo establecido en el artículo 50.1. *c)* de la LCSP.

*“c) Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.”*

Al haberse publicado el Acta de la Mesa el día 27 de julio de 2023, en la PLACSP, y el recurso se ha presentado el día 17 de agosto de 2023, en la SEAM del Ayuntamiento de Málaga, por tanto, está dentro de los quince días hábiles siguientes a la publicación del acto impugnado, en relación a lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta, primer apartado, de la LCSP.

**Quinto.** – El órgano de representación de LIMASAM, por su parte, ha informado oponiéndose al escrito de INCOMER, en el sentido siguiente, que extractamos:

Código Seguro De Verificación	7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	06/09/2023 10:45:47	
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	9/26	
Url De Verificación	<a href="https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==">https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==</a>			



1º.- Que la interpretación del contenido de los pliegos, según las normas y la doctrina que reseña, es una competencia o facultad de LIMASAM como PANAP, citando al efecto:

“(…) informe 14/2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, o informe 3/2014, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Islas Baleares), las entidades que, como LIMASAM, tienen el carácter de poder adjudicador no administración pública (“PANAP”), pueden utilizar en los procedimientos de contratación que celebren las potestades de que gozan las administraciones públicas en los contratos administrativos, sin perjuicio de que los contratos celebrados por PANAPs tengan el carácter de negocios privados y que sus efectos y extinción hayan de regirse por el derecho privado.

Así, el TACRC (por todas, resolución 214/2015), dictamina:

*“En relación con este precepto<sup>1</sup> (...), respecto a los efectos y extinción en los contratos privados de referencia, debe considerarse que tal normativa privada no tiene carácter imperativo sino dispositivo y, por ello, es de aplicación en defecto del pacto entre particulares (...). Con ello, sin ánimo de taxatividad, queda claro que el régimen en el ámbito privado negocial es el que las parte libremente fijan, y por tanto, no puede hablarse, como pretende el recurrente de que el contrato al establecer cláusulas de contenido idéntico a las establecidas para los contratos administrativos, es nulo, ya que ello supone, cuando menos, un claro desconocimiento del régimen jurídico de los contratos que se celebre por la administración, por sí o a través de los entes que la conforman, con independencia de la naturaleza de éstos. Sentado, pues, que es correcta esa previsión genérica del régimen de los contratos administrativos al presente, de naturaleza privada, puesto que las partes son libres para establecer las cláusulas que estimen convenientes y adherirse o no al contrato según deseen”.*

Sobre la base del reconocimiento de este poder de interpretar los pliegos que ostenta el órgano de contratación, así como de la libertad de establecer las cláusulas que estimen por conveniente las entidades adjudicadoras -en este sentido, y en relación con estas dos circunstancias, recordemos que el PCAP modelo prevé la aplicación supletoria de “*las restantes normas de derecho administrativo en relación con los aspectos regulados por la normativa pública*”, entre las que, como no podía ser de otra manera y en función de lo expuesto en los párrafos anteriores de esta segunda alegación, se encuentra el poder de interpretación de los contratos recogido en el artículo 190 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), en favor del órgano de contratación-, LIMASAM ha actuado conforme a los parámetros que siguen:

- LIMASAM ha seguido los dictados y reglas de los pliegos y normativa aplicable al procedimiento de contratación, sin juicios de valor alternativos que se separen de la letra de las disposiciones aplicables a la licitación.
- LIMASAM, al recibir las muestras, debía seguir en su aceptación estos postulados básicos:
  - Si las muestras no se presentaban o si se presentaban de manera parcial, el licitador incurría en causa automática de exclusión.
  - No presentar las muestras en los términos contenidos en los pliegos suponía que la Entidad se veía imposibilitada para verificar el cumplimiento de las características exigidas en el PPT.
  - En los lotes 2 y 3, los licitadores debían presentar como muestras:

<sup>1</sup> Artículo 20.2 TRCLCP (artículo 26.3 actual LCSP): “*Los contratos privados se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado*”.

Código Seguro De Verificación	7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	06/09/2023 10:45:47
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	10/26
Url De Verificación	<a href="https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==">https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==</a>		



- Lote 2: dos botas del número 38 y dos botas del número 43.
- Lote 3: dos zapatos del número 38 y dos zapatos del número 43.
- Reiterando lo anterior, y bajo los postulados de los criterios de valoración subjetivos previstos en el CCP, contar con dos botas o dos zapatos de cada número según el lote era y es imprescindible para evaluar con todas las garantías, en las actuaciones de prueba y ensayo anunciadas, la comodidad, flexibilidad, antideslizamiento y adaptación a las condiciones del puesto de trabajo del calzado (nunca se podrán medir tales categorías si la persona o personas encargadas de la valoración no pueden realizar una prueba en tal sentido con ambos pies, es decir, con un par de botas/zapatos puestos a tal efecto).

Por consiguiente, **LIMASAM, mediante el poder de interpretación que se le reconoce por parte de los tribunales administrativos de contratos (sirva como ejemplo la resolución 1232/2021, de 23 de septiembre, del TACRC), está aclarando lo que exactamente se exige en sus pliegos como condiciones técnicas de concurrencia a la licitación, por tanto no cabría hacer interpretaciones distintas como las que hace el recurrente mediante la interposición del presente recurso que, como se verán, son erradas y, además, exponen unas actuaciones que vulneran la letra de los pliegos y justifican, por ende, la exclusión del licitador.**”

2º.- El reconocimiento en el recurso de la falta de presentación de las muestras de conformidad a lo estipulado en el Anexo II del PPT.

“El licitador afirma en la Manifestación Tercera de su escrito que *“la parte recurrente, se habría presentado como LICITADOR a los LOTES 2 y 3; enviando para ello, las muestras de calzado conforme a lo estipulado en el Anexo II”*.

Continúa indicando que: *“En fecha 16/03/2023, se envían mediante correo postal las muestras de calzado por parte de SUMINISTROS INDUSTRIALES INCOMER, S.L, relativas a los lotes 2 y 3; y de acuerdo con lo indicado en el Anexo II, se envía “1 bota del número 38 y otra bota del número 43 respecto del Lote 2” y también “1 zapato del número 38 y otro del número 43, respecto del Lote 3”. Esta parte, entiende que las muestras estarían correctamente aportadas, ya que, tal y como cualquier persona, bien diligente profesionalmente podría entender, en los requisitos de muestras de los Lotes 2 y 3, tan sólo se exigiría un único zapato/bota de cada una de las tallas que se piden (concretamente, la 38 y la 43)”*.

Resulta obvio que las consideraciones del licitador que no se ajustan ni a lo estipulado en los pliegos ni a la correcta interpretación de los mismos expuesta en la alegación segunda de este escrito ya que pretenden hacer pasar por válidas muestras parciales que, además de contrariar el PPT, olvidan lo que se exige para valorar correctamente los elementos exigidos en materia de criterios subjetivos.”

3º.- La obligación del cumplimiento de los pliegos como Ley del Contrato.

“Son reiterados los pronunciamientos del Tribunal Supremo, de los tribunales administrativos de contratos, así como de las diferentes juntas consultivas de contratación (por todos, Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2001, Resolución 309/2020 del TACRC, o Informe 10/2017 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa), que *“los pliegos que elaboran las entidades públicas y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato”*, vinculando al sector público y a los participantes en la licitación.

Ahonda el TACRC (resolución 500/2023), exponiendo al respecto:

*“Hemos dicho, en múltiples ocasiones, que los pliegos son la ley del contrato (Resoluciones 92/2023 de 9 de febrero o 297/2023 de 9 de marzo, entre las más recientes) y que, por imperativo de lo dispuesto por el artículo 139 de la LCSP, “las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna (...)”*

Código Seguro De Verificación	7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	06/09/2023 10:45:47
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	11/26
Url De Verificación	<a href="https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==">https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==</a>		



(...)

*Lo cierto es que, no habiéndose recurrido los Pliegos, sus previsiones deben ser estrictamente observadas. Una solución diferente quebraría el principio de igualdad de trato, beneficiando al recurrente sobre aquellos otros potenciales licitadores que eventualmente han renunciado a participar en el procedimiento al no poder aportar los elementos requeridos por los Pliegos”.*

Además, la misma resolución reconoce el valor de “ley del contrato” al PPT, al expresar que:

*“La posibilidad de excluir a un licitador por incumplimiento del PPT está expresamente recogida en el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP); cuando dispone: “Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”.*

Ante la doctrina expuesta, que pone de manifiesto el necesario cumplimiento de los pliegos -y, en particular, del PPT-, como ley del contrato, y visto que el recurrente hizo una entrega parcial de las muestras, incumpliendo de manera manifiesta el punto 6 y el anexo II del PPT, la única posibilidad de actuación que tenía el órgano de asistencia y el órgano de contratación es la exclusión del licitador INCOMER, sin posibilidad de subsanación, para así no incurrir en desigualdad para con el resto de licitadores o potenciales licitadores.”

#### 4º.- Imposibilidad de valorar la oferta presentada por INCOMER.

“El órgano de asistencia del procedimiento, dentro de las competencias que le asisten cuando se encuentra que un licitador no cumple con los requisitos mínimos para concurrir a una licitación (artículo 22 RGLCAP), identificó en el acta de sus sesiones tanto los requisitos del PPT que no se cumplían como los motivos de exclusión correspondiente:

Lote 2. Calzado de seguridad impermeable para trabajadores de Limpieza de Málaga			
Licitador	Consideraciones	Requisito PPT	Motivo de exclusión
SUMINISTROS INDUSTRIALES INCOMER. S.L.	Excluido	Calzado de seguridad impermeable (botas de agua) para trabajadores de limpieza de Málaga. N.º 2 BOTAS. Talla 38 y 43.	Presenta una bota de la talla 38 y otra de la 43.

Lote 3. Calzado de seguridad para mandos intermedios			
Licitador	Consideraciones	Requisito PPT	Motivo de exclusión
SUMINISTROS INDUSTRIALES INCOMER. S.L.	Excluido	Calzado de seguridad para mandos intermedios N.º 2 zapatos. Talla 38 y 43.	Presenta una bota de la talla 38 y otra de la 43.

Es decir, no procedía la valoración de la oferta por incumplir el licitador las prescripciones del pliego respecto a la presentación de muestras.

De este modo, y sin ánimo de ser redundantes, el contenido del PPT, en su apartado 6, es claro y meridiano al respecto: la no presentación total o parcial de muestras será motivo de exclusión de la licitación, en la medida que no permite verificar el cumplimiento de las características exigidas.

Código Seguro De Verificación	7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	06/09/2023 10:45:47
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	12/26
Url De Verificación	<a href="https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==">https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==</a>		





La decisión anterior la debe tomar el órgano correspondiente, pero no proceder a la valoración por parte del técnico correspondiente es una consecuencia directa y coherente con lo prescrito en el pliego.

En este punto, se considera apropiado hacer referencia a la doctrina de los tribunales administrativos de contratación (por todas, resoluciones 282/2022 del TACRC o 13/2021 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León).

Así, la falta de cumplimiento claro de alguna de las exigencias establecidas en el PPT debe aparejar la exclusión del licitador porque ello supondría la imposibilidad de ejecutar el contrato en los términos previamente fijados por la Administración y aceptados por el licitador al presentar su oferta, y, además, de no acordarse, se generaría una situación de desigualdad de trato para con los licitadores y el resto de ofertas concurrentes.

Se deja constancia, además, de que la exclusión se debe a incumplimiento objetivo del PPT, no cabiendo duda alguna de que la oferta se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego; por lo tanto, la decisión de excluir no se ha tomado por omisiones o términos ambiguos de la oferta, sino exclusivamente por un incumplimiento claro y objetivo del contenido de los pliegos.”

5º.- Improcedencia de conceder un plazo de subsanación de la oferta presentada por INCOMER.

“Desde un punto de vista genérico, la presentación extemporánea de muestras, como pretende INCOMER, conlleva la exclusión del licitador. No es posible subsanar la presentación de muestras fuera de plazo, tal y como prevé la doctrina, por todas, resolución 101/2020 del TACP Canarias, que se manifiesta en los términos reflejados a continuación:

*“Es doctrina consolidada del Tribunal Supremo y de los órganos encargados de la resolución de recursos en esta materia, la de considerar que en los procedimientos de adjudicación debe tenderse a lograr la mayor concurrencia posible (STS de 21 de septiembre de 2004, con cita de la STC 141/1993, de 22 de abril), pero ello sólo es posible en la medida que los licitadores cumplan los requisitos establecidos como base de la licitación.*

*Es evidente, como señala el Tribunal Central en su Resol. 560/2018, que el principio de igualdad y no discriminación impone el respeto de las condiciones establecidas para participar en las licitaciones públicas, sin excepciones ni distinciones entre los licitadores, de modo que, por principio, una oferta presentada fuera de plazo, ha de ser rechazada por la Administración (...).*

*Admitir ofertas presentadas fuera del plazo previsto con carácter general en el PCAP y concretado en el anuncio de licitación, supondría un agravio comparativo para con los licitadores que se ajustaron al plazo establecido, implicando una ventaja frente al resto de licitadores, lo que necesariamente conculcaría el principio de igualdad de trato y no discriminación recogidos con carácter general en el artículo 1 y específicamente para el procedimiento de adjudicación en el 132.1 de la LCSP, al establecer que “Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad”. Por tanto, la consecuencia es la exclusión de la proposición por falta de presentación en plazo de la muestra, no pudiendo el licitador continuar en el procedimiento”*

A mayor abundamiento, y en un supuesto similar al que se dirime en el presente caso, el Tribunal al que nos dirigimos se pronunció en los términos que siguen, mediante un dictamen que valida el proceder de LIMASAM ante la presentación parcial de ofertas de INCOMER a los lotes 2 y 3 de la licitación:

*“Ese trámite de subsanación, afortunadamente no fue cursado por la Administración pues hubiera ido directamente contra los propios pliegos, que expresamente indican (cláusula*

<b>Código Seguro De Verificación</b>	7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==	<b>Estado</b>	<b>Fecha y hora</b>	
<b>Firmado Por</b>	Salvador Romero Hernández	Firmado	06/09/2023 10:45:47	
<b>Observaciones</b>	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	<b>Página</b>	13/26	
<b>Url De Verificación</b>	<a href="https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==">https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==</a>			



5ª.1.4 “Muestras”, del PCT), “la ausencia de estos documentos, así como de las muestras será motivo de exclusión de la oferta”.

Si se hubiera permitido que la empresa OFIBURO, presentase de nuevo las “muestras” de los acabados de la silla apilable modelo KOOL, se habría infringido lo dispuesto en el PCT.

(...)

En definitiva, en palabras del Tribunal estatal (que ratifica, entre otras muchas, en su Resolución nº 118/2021, de 12 de febrero, y en la citada en el acuerdo impugnado de la Mesa de Contratación, la nº 378/2021, de 9 de abril), si se permitiese el trámite de subsanación, vía aclaración de la oferta, se permitiría que uno de los licitadores, una vez conocidas las ya presentadas por las demás licitadoras, pudiera decidir si le resulta más adecuado a sus intereses modificar su oferta o no, si le resulta más adecuado a sus intereses apartarse de la licitación o alterar el contenido prestacional, lo que no respetaría los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y concurrencia competitiva exigidos en los artículos 1 y 132 de la vigente LCSP, como de forma atinada ha impedido el órgano asistencial de contratación, en el acuerdo que se somete a nuestra revisión.

Y, aún, si pudiera considerarse que existe un error en la “muestra” incluida en la oferta de la recurrente, dicho error no puede considerarse subsanable, por lo que es rechazable que vía una posible aclaración, se produjera una modificación, claramente extemporánea del contenido de la oferta, que sería contraria a los principios de igualdad, inalterabilidad o inmodificabilidad de las ofertas y de transparencia, debiendo soportar la licitadora las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la correcta preparación de la documentación y de las muestras incorporadas a su propuesta económica, como más arriba hemos apuntado y como ya hemos declarado en otras ocasiones en asuntos en similares al presente, sometidos a este órgano especializado, como en nuestras Resoluciones números 1, 3, 6 y 12 de 2021”.

De este modo, con la doctrina del TACRMA que se presenta en esta sexta alegación del escrito, lo único que se hace es reiterar lo que es el parecer consolidado del TACRC (resolución 94/2013), desde hace ya una década, el cual permanece invariable y justifica, como decíamos, el actuar de los órganos de LIMASAM:

*“Tal alegación, no obstante, no puede prosperar. La subsanación de defectos y aún de omisiones a que se refieren los artículos 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y 27.1 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, son de aplicación exclusiva a las documentaciones acreditativas de los requisitos de aptitud y solvencia del licitador, pero en ningún caso a los defectos, insuficiencias u omisiones que puedan afectar a las proposiciones en sí mismas consideradas. Respecto de ellas caben aclaraciones que en ningún caso comporten alteración de la oferta, pero no la adición de otros elementos porque ello podría representar dar la opción al licitador afectado de modificar su proposición lo que comportaría notable contradicción con el principio de igualdad proclamado como básico de toda licitación en los artículos 1 y 139 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.*

*Este Tribunal, al respecto, ha tenido ocasión de pronunciarse en múltiples resoluciones acerca de la condición de los pliegos de las licitaciones como Ley de las mismas, lo que implica la obligación de cada una de las partes, licitadores y órganos de contratación, de asumir su contenido y ajustarse a él tanto en la presentación de proposiciones como en las decisiones a adoptar en el procedimiento de adjudicación. No otra cosa puede deducirse del sentido del artículo 145.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público a cuyo tenor “Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”.*

Código Seguro De Verificación	7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	06/09/2023 10:45:47
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	14/26
Url De Verificación	<a href="https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==">https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==</a>		





Sentado lo anterior, **resulta evidente que aquellas proposiciones que no se ajusten estrictamente a lo dispuesto en los pliegos no deben ser admitidas a la licitación.....** tal como ya hemos señalado, que **"en todos los casos las muestras formarán parte de la proposición"** y por su parte el apartado 14.3 del cuadro de características, igualmente mencionado, **exige la presentación de muestras en todos y cada uno de los lotes mencionados**

Queda, sin embargo, por resolver la cuestión de si las razones aducidas, pueden considerarse como un obstáculo legal insalvable a la exclusión acordada.

Tales razones se refieren, en primer lugar, **a la falta de un trámite de subsanación por parte del órgano de contratación.** A juicio de la recurrente éste fue excesivamente rigorista y formal en la interpretación de los pliegos **al no admitir la posibilidad de subsanar la falta de presentación de las muestras indicadas.**

Tal alegación, no obstante, no puede prosperar. La subsanación de defectos y aún de omisiones a que se refieren los artículos 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y 27.1 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, **son de aplicación exclusiva a las documentaciones acreditativas de los requisitos de aptitud y solvencia del licitador, pero en ningún caso a los defectos, insuficiencias u omisiones que puedan afectar a las proposiciones en sí mismas consideradas.** Respecto de ellas caben aclaraciones que en ningún caso comporten alteración de la oferta, pero no la adición de otros elementos porque ello podría representar dar la opción al licitador afectado de modificar su proposición **lo que comportaría notable contradicción con el principio de igualdad** proclamado como básico de toda licitación en los artículos 1 y 139 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

.....Asimismo señalábamos que aunque la admitiéramos con respecto de la documentación que integra la oferta **habríamos de limitarla a sólo los casos de errores materiales, sin extenderla a las omisiones fundamentales que constituyen, como en el caso presente, la falta de presentación de las muestras que forman parte misma de la proposición.**

Criterio que, aplicado al caso presente, se traduce en la afirmación de que **la falta de presentación de las muestras cuyo examen debe servir de base al órgano de contratación para pronunciarse sobre algo tan fundamental como el cumplimiento de las especificaciones técnicas del pliego, no puede considerarse como un error subsanable y sí como el resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la presentación de la proposición, al que están sujetos de igual manera todos los candidatos".**

A su tenor, el informe solicita la desestimación del recurso presentado por INCOMER.

**Quinto.** – En los pliegos publicados, que rigen la contratación del suministro de calzado de seguridad para LIMASAM, al efecto de lo que se plantea en el escrito de recurso y, en los términos en que se suscita la controversia entre las partes interesadas, recogen las siguientes consideraciones:

1.- En el **PCAP** modelo aprobado por LIMASAM (págs. 16 y ss. del expt.), para los contratos de suministros en procedimientos abiertos y abiertos simplificados:

- Estipulación nº 3:

Código Seguro De Verificación	7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	06/09/2023 10:45:47
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	15/26
Url De Verificación	<a href="https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==">https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==</a>		





- “Estos contratos se registrarán, en primer lugar, por lo establecido en este pliego y en los restantes documentos contractuales”.
  - “-En lo no regulado expresamente en dichos documentos contractuales, estos contratos se registrarán por lo dispuesto en el Título I del Libro Tercero de la LCSP, en cuanto a su preparación y adjudicación”.
  - “Supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo en relación con los aspectos regulados por la normativa pública”.
  - “El desconocimiento de las cláusulas del contrato en cualquiera de sus términos, del resto de documentos contractuales, y de las instrucciones o de la normativa que resulten de aplicación en la ejecución de lo pactado, no exime al adjudicatario de la obligación de cumplirlas”.
- Estipulación nº 11:
    - “Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”.
  - Estipulación nº 14:
    - “Las proposiciones deberán ajustarse a los presentes pliegos, al CCP de cada licitación y demás documentos contractuales, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario de la totalidad de sus condiciones, sin salvedad o reserva alguna”.

2.- En el **CCP** -cuadro de características particulares- (págs. 53 y ss., expt.):

- Cuadro 10.2:
  - 10.2. SOBRES Y DOCUMENTACIÓN A INCLUIR

Licitación con criterios cuantificables mediante juicios de valor	
Sobre	Documentación
<b>Sobre 1:</b> Documentación administrativa	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>DEUC</b> o alternativamente, declaración responsable <b>Anexo II</b></li> <li>• Documento que acredite la entrega/envío de las muestras antes de que finalice el plazo de presentación de ofertas.</li> </ul>
<b>Sobre 2:</b> Oferta de criterios de valoración cuantificables	Memoria detallada justificativa tal y como se especifica en el apartado 11 del CCP.

Avenida Cervantes, 4 ■ 29016 ■ Málaga ■ TLF 951.927.156 ■ [tarcaytomalaga@malaga.eu](mailto:tarcaytomalaga@malaga.eu)

<b>Código Seguro De Verificación</b>	7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==	<b>Estado</b>	<b>Fecha y hora</b>
<b>Firmado Por</b>	Salvador Romero Hernández	Firmado	06/09/2023 10:45:47
<b>Observaciones</b>	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	<b>Página</b>	16/26
<b>Url De Verificación</b>	<a href="https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==">https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==</a>		



- Cuadro 13:

### 13. MUESTRAS

<b>Procede</b>	Si, antes del fin del plazo de presentación de proposiciones, los licitadores deberán presentar las muestras. Aportando dicho certificado de entregas de las mismas en el sobre 1: Advo.	<input checked="" type="checkbox"/>
	No	<input type="checkbox"/>
<b>Lugar de entrega</b>	Tal y como se especifica en el apartado 6 del Pliego de Prescripciones Técnicas.	
<b>Nº de unidades</b>	Tal y como se especifica en el Anexo III del Pliego de Prescripciones Técnicas	
<b>Clases</b>	Tal y como se especifica en el Anexo III del Pliego de Prescripciones Técnicas	

- Cuadro 14.1 (lotes 2 y 3):

### 14. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DE LAS OFERTAS<sup>2</sup>

#### 14.1. CRITERIOS DE VALORACIÓN CUANTIFICABLES MEDIANTE UN JUICIO DE VALOR

**LOTE 2: Suministro de calzado de seguridad impermeable para trabajadores de limpieza de Málaga. Hasta un máximo de 20 puntos.**

	Nº y descripción	Forma de valoración	Ponderación
Criterios	Ergonomía y adecuación de calzado para operarios y conductores de limpieza, recogida, tratamiento, taller y otros	Se hará una valoración tras prueba y ensayo de las muestras aportadas ante un panel de expertos designado a tal efecto por LIMASAM.	<b>Hasta un máximo de 20 puntos</b>
		Se valorará la comodidad (peso del calzado, presencia de elementos que eviten rozaduras, acolchado.), flexibilidad, calidad de materiales interiores, presencia de elementos reflectantes, antideslizamiento y adaptación a las condiciones del puesto de trabajo del del calzado.	
Parámetros de ponderación*	Nº y descripción	Consideración	Puntuación
	Las muestras aportadas presentan un excelente comportamiento en las características evaluadas para el desempeño de los trabajos requeridos. El calzado no solo cumple los requisitos si no que presentan soluciones protectoras y de uso innovadoras.	Excelente	100%
El informe de valoración analizará cada uno de los	Las muestras aportadas presentan un buen comportamiento en las características evaluadas para el desempeño de los trabajos requeridos.	Bueno	50%

<b>Código Seguro De Verificación</b>	7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==	<b>Estado</b>	<b>Fecha y hora</b>	
<b>Firmado Por</b>	Salvador Romero Hernández	Firmado	06/09/2023 10:45:47	
<b>Observaciones</b>	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	<b>Página</b>	17/26	
<b>Url De Verificación</b>	<a href="https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==">https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==</a>			



elementos y los valorará, atribuyendo de forma motivada algunas de las siguientes consideraciones, con el detalle correspondiente para delimitar la puntuación dentro de cada franja de valores	Las muestras aportadas presentan cumplen las características mínimas requeridas, pero su comportamiento no es adecuado para el desempeño de los trabajos requeridos	Regular	25 %
	Las muestras aportadas no cumplen las características mínimas necesarias y requeridas.	Malo	0 %
Aportar	Las muestras requeridas están establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas Anexo III		
Umbral mínimo de puntuación a obtener en la valoración subjetiva para continuar en la licitación	El siguiente: 10 puntos.		

**LOTE 3: Suministro de calzado de seguridad para mandos intermedios. Hasta un máximo de 30 puntos**

	Nº y descripción	Forma de valoración	Ponderación
<b>Criterios</b>	Ergonomía y adecuación de calzado para operarios y conductores de limpieza, recogida, tratamiento, taller y otros	Se valorará el diseño, aspecto, comodidad (peso del calzado, presencia de elementos que eviten rozaduras, acolchado en zona de tobillo y lengüeta), transpiración, flexibilidad sujeción pie y tobillo, antideslizamiento y adaptación a las condiciones del puesto de trabajo del del calzado.	<b>Hasta un máximo de 30 puntos</b>
		Se hará una valoración tras prueba y ensayo de las muestras aportadas ante un panel de expertos designado a tal efecto por LIMASAM.	
	Nº y descripción	Consideración	Puntuación
	Las muestras aportadas presentan un excelente comportamiento en las	Excelente	100%

<b>Código Seguro De Verificación</b>	7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==	<b>Estado</b>	<b>Fecha y hora</b>	
<b>Firmado Por</b>	Salvador Romero Hernández	Firmado	06/09/2023 10:45:47	
<b>Observaciones</b>	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	<b>Página</b>	18/26	
<b>Url De Verificación</b>	<a href="https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==">https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==</a>			

<b>Parámetros de ponderación*</b>  El informe de valoración analizará cada uno de los elementos y los valorará, atribuyendo de forma motivada algunas de las siguientes consideraciones, con el detalle correspondiente para delimitar la puntuación dentro de cada franja de valores	características evaluadas para el desempeño de los trabajos requeridos. El calzado no solo cumple los requisitos si no que presentan soluciones protectoras y de uso innovadoras.		
	Las muestras aportadas presentan un buen comportamiento en las características evaluadas para el desempeño de los trabajos requeridos.	Bueno	50 %
	Las muestras aportadas presentan cumplen las características mínimas requeridas, pero su comportamiento no es adecuado para el desempeño de los trabajos requeridos	Regular	25 %
	Las muestras aportadas no cumplen las características mínimas necesarias y requeridas.	Malo	0 %
<b>Aportar</b>  Umbral mínimo de puntuación a obtener en la valoración subjetiva para continuar en la licitación	Las muestras requeridas están establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas Anexo III  El siguiente: 15 puntos.		

3.- En el **PPT** (págs. 113 y ss. del expt.):

- Punto nº 6:
  - “Para comprobar la conformidad con lo estipulado en este Pliego, los licitadores entregarán obligatoriamente en el sobre correspondiente, contemplado en el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares, las muestras determinadas en el anexo II para cada lote”.
  - “La no presentación total o parcial de muestras será motivo de exclusión de la licitación, en la medida que no permite verificar el cumplimiento de las características exigidas. Asimismo, podrá ser causa de exclusión la presentación de muestras que no reúnan la calidad mínima exigida”.
- Anexo II:

LOTE II: Calzado de seguridad impermeable para trabajadores de limpieza de Málaga			
	Calzado de seguridad impermeable (botas de agua) para trabajadores de limpieza de Málaga.	2 botas	38 y 43
LOTE III: Calzado de seguridad para mandos intermedios			
	Calzado de seguridad para mandos intermedios	2 zapatos	38 y 43

<b>Código Seguro De Verificación</b>	7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==	<b>Estado</b>	<b>Fecha y hora</b>	
<b>Firmado Por</b>	Salvador Romero Hernández	Firmado	06/09/2023 10:45:47	
<b>Observaciones</b>	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	<b>Página</b>	19/26	
<b>Url De Verificación</b>	https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==			



4.- No consta que en las preguntas y aclaraciones formuladas al órgano de contratación (pág. 145 del expt.), y publicadas en la PLACSP, exista alguna relativa a la cuestión planteada en el recurso de INCOMER.

**Sexto. – Consideraciones del Tribunal.**

Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso y reseñados los argumentos y alegaciones de las partes que han intervenido en este procedimiento de recurso administrativo especial y la regulación contenida en los pliegos que rigen el procedimiento de contratación, donde ha acaecido el acuerdo de exclusión impugnado en esta sede, que no olvidemos constituyen la "*lex contractus*" que han devenido firmes, al no haber sido impugnados por los licitadores y, por tanto, deben respetarse en sus requisitos y procedimiento fijado para la licitación, teniendo en cuenta que según el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de las proposiciones implica su aceptación incondicionada por las empresas licitadoras, por lo que, en virtud del principio de "*pacta sunt servanda*", debemos estar a su contenido publicado en la plataforma de contratación, que vincula tanto a las empresas licitadoras como al órgano de contratación que los aprobó, al tenor de lo recogido en la **Sentencia del TGUE de 28 de junio de 2016** –Asunto EUIPO- (T-652/2014, al siguiente tenor:

“§ 78. Por otro lado, si la EUIPO no se hubiera atendido 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 Fusión for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80). Así pues, el hecho de que el órgano de contratación se aparte de los documentos de licitación aceptando ofertas que no correspondan al objeto del contrato tal y como éste se define en dichos documentos es inconciliable con los principios de transparencia y de igualdad de trato ( sentencia de 13 de septiembre de 2011 (TJCE 2011, 262), Dredging International y Ondernemingen Jan de Nul/EMSA, T-8/09, EU:T:2011:461, apartado 70).”

**A).** – La controversia principal que plantea el presente recurso se centra en si ha existido extralimitación por la Mesa de Contratación, en la aprobación de la propuesta del informe técnico de exclusión de la oferta de INCOMER a los Lotes 2 y 3, por presentación incompleta de las muestras de calzado exigidas en los pliegos.

Según lo informado por el Responsable de Vestuario y EPIS, de la empresa pública, el 30 de mayo de 2023 (pág. 236 del expt.), sobre las muestras presentadas por las distintas empresas participantes en la licitación, las muestras presentadas por INCOMER adolecían de ser incompletas al aportarse sólo una bota o un zapato, de cada número o talla de las exigidas en el Anexo II del PPT, que indicaba:

Código Seguro De Verificación	7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	06/09/2023 10:45:47	
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	20/26	
Url De Verificación	<a href="https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==">https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==</a>			

LOTE II: Calzado de seguridad impermeable para trabajadores de limpieza de Málaga			
	Calzado de seguridad impermeable (botas de agua) para trabajadores de limpieza de Málaga.	2 botas	38 y 43
LOTE III: Calzado de seguridad para mandos intermedios			
	Calzado de seguridad para mandos intermedios	2 zapatos	38 y 43

Habiendo interpretado la empresa recurrente, este apartado del pliego, según mantiene en el recurso, en que: *“para el caso de que se pidan muestra de dos tallas, se debe aportar 1 unidad de zapato/bota de cada talla”*.

Lo que es rebatido en el informe de oposición al recurso remitido al Tribunal por el órgano de contratación, manifestando que: *“contar con dos botas o dos zapatos en cada número según el lote era y es imprescindible para evaluar con todas las garantías, en las actuaciones de prueba y ensayo anunciadas, la comodidad, flexibilidad, antideslizamiento y adaptación a las condiciones del puesto de trabajo del calzado (nunca se podrán medir tales categorías si la persona o personas encargadas de la valoración no pueden realizar una prueba en tal sentido con ambos pies, es decir, un par de botas/zapatos puestos a tal efecto).”*

Criterio que compartimos y que queda acreditado con las actuaciones practicadas en el expediente, pues consta en los tres informes técnicos de valoración emitidos, sobre las muestras presentadas a cada uno de los lotes que conforman la licitación, todos firmados y publicados en la PLACSP, el mismo día 30 de mayo de 2023, que respecto de las muestras presentadas de cada lote fueron ensayadas y probadas por los trabajadores de la empresa municipal, cuya relación y cargos que ostentan en la sociedad local se detallan en los respectivos informes publicados.

Lo normal y razonable es que las botas o los zapatos, cuando se van a adquirir, se prueben según la talla o número que calce cada usuario, y ello normalmente obliga a probar en cada pie, derecho e izquierdo, la talla que se utilice para cerciorarse de la comodidad del calzado al caminar y su uso, pretender como mantiene la recurrente que con el calzado de “un sólo pie” de cada talla, se podría verificar todas las características exigidas en el PPT, de confortabilidad, antideslizamiento, transpirabilidad, flexibilidad, etc., es ilógico, y no es lo que en la vida cotidiana hace cualquier consumidor que quiera comprarse unos zapatos, unas botas o unas zapatillas, para uso privado, por lo que con mayor motivo los ensayos y pruebas con el calzado profesional o de EPIS, que se pretende adquirir para los trabajadores de la empresa LIMASAM, por lo que las muestras para realizar los ensayos deben estar completas y debían aportarse por pares (pie derecho e izquierdo) de cada talla o número, para que los trabajadores que tenían que hacer los ensayos pudieran comprobar la totalidad de las características exigidas al calzado de

Código Seguro De Verificación	7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	06/09/2023 10:45:47	
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	21/26	
Url De Verificación	<a href="https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==">https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==</a>			



seguridad a suministrar para cada tipo de puesto de trabajo.

De hecho, y ello demuestra que la mayoría de las empresas licitadoras aportaron las muestras de forma completa, en los informes emitidos constan que fueron probadas y valoradas por los trabajadores designados que se relacionan en cada uno.

La parte recurrente reconoce expresamente que no ha aportado las muestras, de forma completa, cuando afirma que, el 16 de marzo de 2023 por correo postal envió las muestras del calzado al tenor siguiente: "1 bota del número 38 y otra bota del número 43 respecto del Lote 2" y "1 zapato del número 38 y otro del número 43, respecto del Lote 3".

Por lo que, estaba incurriendo en su proposición en lo dispuesto en el tercer párrafo de la cláusula o el **apartado 6º del PPT**, aplicable, que establece:

**"La no presentación total o parcial de muestras será motivo de exclusión de la licitación, en la medida que no permite verificar el cumplimiento de las características exigidas. Asimismo, podrá ser causa de exclusión la presentación de muestras que no reúnan la calidad mínima exigida".**

La interpretación que hizo la recurrente de los pliegos aplicables, no se corresponde con lo que se detrae de los mismos, y si tenía alguna duda debió preguntar o pedir aclaraciones, tal y como hicieron otras licitadoras sobre aspectos de los pliegos que no les quedaba claro.

De ahí, que el informe de 30 de mayo de 2023 del Responsable de Vestuario y EPIS, de la empresa pública local, cuando propone la exclusión de la oferta de la recurrente, se ajuste plenamente a lo determinado en los pliegos, y por ende la aprobación de la propuesta del informe por la Mesa de Contratación, igualmente está ajustada a lo previsto en los documentos rectores de la licitación, que recordemos se rige por el principio "*lex contractus*".

No obstante la empresa impugnante, mantiene que debió hacerse una petición de subsanación de las muestras presentadas, lo que no compartimos pues se infringiría el principio de igualdad entre licitadores, al olvidar que las referidas muestras son parte indisoluble de la oferta o proposición presentada a cada lote, y aceptar la subsanación vulneraría lo dispuesto en el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y originaría una modificación de la oferta presentada.

Sobre la posibilidad de corregir o completar las ofertas, y en concreto en caso de muestras incompletas, ya nos hemos pronunciado citando el informe remitido por LIMASAM, en oposición al recurso, nuestra **Resolución nº 6/2022**, de 22 de febrero, en la que siguiendo la doctrina del TJUE y en su aplicación por los órganos especializados, de igual naturaleza al nuestro, dijimos:

Código Seguro De Verificación	7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	06/09/2023 10:45:47	
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	22/26	
Url De Verificación	<a href="https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==">https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==</a>			



«Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 29 de marzo de 2012, Asunto C-599/2010, en la que el Alto Tribunal, recoge lo siguiente:

«40. Sin embargo, dicho artículo 2(\*) no se opone, en particular, a que, excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta. Por consiguiente, este artículo tampoco se opone a que figure en la normativa nacional una disposición como el artículo 42, apartado 2, de la Ley nº 25/2006, según la cual, básicamente, el poder adjudicador puede solicitar por escrito a los candidatos que aclaren su oferta, sin solicitar ni aceptar, no obstante, modificación alguna de la misma.»

\*[artículo 2, relativo a los principios de la contratación, cuyo contenido está previsto en la actualidad en el artículo 18.1 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, que deroga la Directiva 2004/18/CE]

Siguiendo esa doctrina, entre otras, la **Resolución nº 973/2019**, y en la **Resolución nº 947/2020**, de 4 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC):

*“En todo caso, la solicitud de aclaraciones no podrá dar lugar a una modificación de la oferta, siendo éste el límite que tales aclaraciones no podrán sobrepasar en ningún caso. Así lo señala claramente la STJUE C 599/10, de 29 de marzo de 2012, cuyos apartados 36 y 40 destacan que: “(36)... una vez presentada su oferta, en principio esta última no puede ya ser modificada, ni a propuesta del poder adjudicador ni del candidato. En efecto, el principio de igualdad de trato de los candidatos y la obligación de transparencia que resulta del mismo se oponen, en el marco de este procedimiento, a toda negociación entre el poder adjudicador y uno u otro de los candidatos. (...) (40) Sin embargo, dicho artículo 2 no se opone, en particular, a que, excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta. Por consiguiente, este artículo tampoco se opone a que figure en la normativa nacional una disposición como el artículo 42, apartado 2, de la Ley nº 25/2006, según la cual, básicamente, el poder adjudicador puede solicitar por escrito a los candidatos que aclaren su oferta, sin solicitar ni aceptar, no obstante, modificación alguna de la misma”.*

*En el mismo sentido se ha venido manifestando este Tribunal, sirva por todas la Resolución 362/2016 de 13 de mayo, -citada en la reciente nº 699/2019, de 27 de junio-, en la que decíamos: “En este sentido cabe aplicar al presente supuesto el criterio de este Tribunal al interpretar el artículo 84 del RGLCAP explicado en su Resolución 1097/2015: entiende este Tribunal que “siendo admisible solicitar aclaraciones respecto de las ofertas técnicas o económicas, debe considerarse que ese ejercicio de solicitud de aclaraciones tiene como límite que la aclaración no puede suponer una modificación de los términos de la oferta, bien por variar su sentido inicial, bien por incorporar otros inicialmente no previstos” (Resoluciones 6412012, 3512014, o 87612014; entre otras). Lo decisivo es; pues; que la aclaración no propicie el otorgamiento de un trato de favor a un interesado en detrimento de los demás licitadores, en el sentido de que diera lugar a que aquél, después de conocer el contenido de las otras ofertas, pudiera alterar la proposición inicialmente formulada. Así se entiende el sentido del último inciso del artículo 84 RGLCAP, cuando admite que se puedan variar algunas palabras del modelo ‘cuando no alteren su sentido’”.*

El TACRC sigue, en su fundamentación de la resolución, aludiendo al criterio expuesto en el Informe nº 23/2015, de 6 de abril de 2016, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en cuyas conclusiones el órgano consultivo estatal, afirma:

Avenida Cervantes, 4 ■ 29016 ■ Málaga ■ TLF 951.927.156 ■ tarcaytomalaga@malaga.eu

Código Seguro De Verificación	7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	06/09/2023 10:45:47
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	23/26
Url De Verificación	<a href="https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==">https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==</a>		





*“En relación con la tercera pregunta, la solicitud de aclaraciones sólo debe ser utilizada para el caso de errores y omisiones en la documentación acreditativa de la capacidad o la solvencia. En relación con el contenido de la oferta podría emplearse exclusivamente para errores u omisiones materiales.”*

En definitiva, en palabras del Tribunal estatal (que ratifica, entre otras muchas, en su Resolución nº 118/2021, de 12 de febrero, y en la citada en el acuerdo impugnado de la Mesa de Contratación, la nº 378/2021, de 9 de abril), si se permitiese el trámite de subsanación, vía aclaración de la oferta, se permitiría que uno de los licitadores, una vez conocidas las ya presentadas por las demás licitadoras, pudiera decidir si le resulta más adecuado a sus intereses modificar su oferta o no, si le resulta más adecuado a sus intereses apartarse de la licitación o alterar el contenido prestacional, lo que no respetaría los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y concurrencia competitiva exigidos en los artículos 1 y 132 de la vigente LCSP, como de forma atinada ha impedido el órgano asistencial de contratación, en el acuerdo que se somete a nuestra revisión.

Y, aún, si pudiera considerarse que existe un error en la “muestra” incluida en la oferta de la recurrente, dicho error no puede considerarse subsanable, por lo que es rechazable que vía una posible aclaración, se produjera una modificación, claramente extemporánea del contenido de la oferta, que sería contraria a los principios de igualdad, inalterabilidad o inmodificabilidad de las ofertas y de transparencia, debiendo soportar la licitadora las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la correcta preparación de la documentación y de las muestras incorporadas a su propuesta económica, como más arriba hemos apuntado y como ya hemos declarado en otras ocasiones en asuntos en similares al presente, sometidos a este órgano especializado, como en nuestras Resoluciones números 1, 3, 6 y 12 de 2021.

En conclusión, procede rechazar el recurso, confirmando la legalidad del acuerdo de 22 de diciembre de 2021, de la Mesa de Contratación del Ayuntamiento de Málaga, por el que entre otras cuestiones se aprueba la exclusión de la oferta de OFIBURO, S.L., al Lote 3 del expediente nº 33/2021, por incumplimiento de lo exigido en la cláusula 5ª del PCT.»

Por lo que, en este caso debemos desestimar el recurso presentado, en cuanto solicita la anulación del acuerdo del Acta de la Mesa de 7 de julio de 2023, que aprueba la exclusión de INCOMER por no aportar de forma completa las muestras exigidas de calzado, y también la solicitud de petición de subsanación de la presentación de las muestras aportadas por dicha empresa, pues generaría un tratamiento desigual entre los licitadores.

**B).** – En cuanto a la incidencia del escrito presentado por INCOMER, el 14 de junio de 2023, en forma de recurso especial, al que hemos aludido en el apartado fáctico SEXTO, por el que impugnaba los informes de valoración de 30 de mayo de 2023, emitidos por el Responsable del Departamento de Vestuario y EPIS de LIMASAM, como ya hemos dicho al dirigirse contra actos que no están contemplados en el elenco de tramites impugnables reseñados en el artículo 44. 2 de la LCSP, y al solicitar que se corrigiera el contenido de

Código Seguro De Verificación	7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	06/09/2023 10:45:47
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	24/26
Url De Verificación	<a href="https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==">https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==</a>		





dichos informes de valoración, se trató como una petición formulada en los términos del artículo 44.3 de la LCSP, que establece:

*“3. Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2 podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección con arreglo a derecho, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación”*

Siendo de reseñar al efecto la doctrina contenida, que asumimos y aplicamos, en la **Resolución nº 284/2020**, de 20 de agosto, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (**TARCJA**), que recoge:

*«Por lo expuesto procede concluir que **el acto impugnado -informe técnico de valoración de ofertas conforme a criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas-**, no es un acto de trámite cualificado susceptible de recuso especial independiente, dado que no concurren en él ninguno de los supuestos del artículo 44.2 b) para alcanzar dicha calificación, pues no determina la imposibilidad de la recurrente de continuar en la licitación, ni le causa perjuicio irreparable ni decide sobre la adjudicación -pudiendo separarse de forma motivada el órgano de contratación, en su caso, de la propuesta realizada por la comisión de contratación- si bien los supuestos defectos de tramitación e irregularidades -en este caso, de valoración expuestos por la recurrente en su escrito de recurso- podrían ser alegados, en su caso, al recurrir el acto de adjudicación, **de conformidad con lo dispuesto en el citado artículo 44.3 de la LCSP.**»*

A la vista de lo anterior y teniendo en cuenta los antecedentes y fundamentos expuestos y vistos los preceptos legales y la doctrina jurisprudencial y administrativa de aplicación,

#### RESUELVO:

**Primero.** – Desestimar el recurso administrativo especial en materia de contratación interpuesto por Don A.G.G., en nombre y representación de la mercantil **SUMINISTROS INDUSTRIALES INCOMER, S.L.**, contra el acuerdo de 7 de julio de 2023 de la Mesa de Contratación de la empresa municipal, LIMPIEZA DE MÁLAGA, S.A.M, contenido en el acta de la misma fecha, aprobando la exclusión de las ofertas a los Lotes 2 y 3, de la entidad recurrente, al contrato para el «**SUMINISTRO EN RÉGIMEN DE ADQUISICIÓN, DE CALZADO DE SEGURIDAD PARA LOS TRABAJADORES DE LIMPIEZA DE MÁLAGA, S.A.M. - DIVIDIDO EN TRES LOTES-**» (Expt. nº PL008-2023), que declaramos ajustado a Derecho.

**Segundo.** – Que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58. 2º de la LCSP, y sin que lo haya pedido ninguna de las partes.

Código Seguro De Verificación	7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Salvador Romero Hernández	Firmado	06/09/2023 10:45:47
Observaciones	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	Página	25/26
Url De Verificación	<a href="https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==">https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==</a>		





**Tercero.** – Notificar esta resolución a todos los interesados en este procedimiento de recurso especial y significar que la misma es definitiva en la vía administrativa y contra ella solo cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Málaga, 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.

En Málaga, en la fecha de su firma electrónica.

El Presidente del Tribunal

Salvador Romero Hernández

<b>Código Seguro De Verificación</b>	7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==	<b>Estado</b>	<b>Fecha y hora</b>	
<b>Firmado Por</b>	Salvador Romero Hernández	Firmado	06/09/2023 10:45:47	
<b>Observaciones</b>	Presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga	<b>Página</b>	26/26	
<b>Url De Verificación</b>	<a href="https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==">https://valida.malaga.eu/verifirma/code/7ukYty73yRCXJqJi3bGZiw==</a>			