



Recurso nº 751/2022

Resolución nº 995/2022

Sección 2ª

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 02 de septiembre de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. C. Y. C. en representación de la mercantil THEON SENSORS S.A., frente a la resolución de 19 de mayo de 2022, del Jefe de Asuntos Económicos del Mando de Apoyo Logístico del Ejército de Tierra, por la que se resuelve adjudicar el contrato de suministro para la *"Adquisición de binoculares de visión nocturna con accesorios FOM mínimo 1800"*, expediente de contratación 2021/ETSAE0906/00003610E, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Ministerio de Defensa convocó licitación para la adjudicación mediante procedimiento negociado con publicidad del contrato de suministro para la adquisición de binoculares de visión nocturna con accesorios FOM mínimo 1800, cuyo valor estimado es de 1.196.167,20 euros.

Tras la apertura y valoración de las proposiciones de los licitadores y el desarrollo de la fase de negociación prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), mediante resolución de 19 de mayo de 2022, del Jefe de Asuntos Económicos del Mando de Apoyo Logístico del Ejército de Tierra se adjudica el contrato a la empresa NIGHTVISION LASERS SPAIN, S.L.U., siendo la segunda oferta mejor valorada en el proceso de adjudicación la de la empresa THEON SENSORS S.A.

Segundo. El licitador THEON SENSORS S.A. impugna dicho acuerdo de adjudicación, notificado el 20 de mayo de 2022, mediante escrito que presenta con fecha 10 de junio de 2022.



Se alude en el recurso a la cláusula 8 del PCAP, que recoge los criterios de adjudicación para evaluar las ofertas de los licitadores, y que están compuestos por dos criterios de evaluación automática, ordenados de mayor a menor importancia y ponderación: (i) un criterio basado en el precio unitario (para el que se otorga un peso del 70%) (“Valoración Económica”), y (ii) un criterio basado en determinados aspectos técnicos del producto objeto del Contrato (para el que se otorga un peso del 30%) (“Valoración Técnica”).

En cuanto al cálculo de la valoración técnica, se indica en el recurso que exige dos pasos:

- “1. Un primer paso en el que se valoran y ordenan las prestaciones de las ofertas de cada licitador y, con base en ese orden, se asignan de manera decreciente unos determinados puntos conforme a la regla de valoración prevista en el PCAP (1 punto a la mejor oferta, 0,8 puntos al siguiente mejor, 0,6 puntos al siguiente, etc.) para cada una de las prestaciones, y*
- 2. Un segundo paso en el que se integran en la fórmula matemática los puntos obtenidos en el primer paso para el cálculo del valor correspondiente a la Valoración técnica”.*

Considera el recurrente a este respecto que *“la Mesa de Contratación ha utilizado y aplicado irregularmente una regla de valoración distinta de la establecida en la cláusula 8 del PCAP, según acabamos de exponer, que ha supuesto la alteración, de manera esencial, del resultado de la adjudicación y que, en definitiva, ha supuesto que THEON no haya resultado adjudicataria del Contrato”.*

Señala asimismo el recurrente que, una vez realizada la primera valoración, se inició el procedimiento de negociación establecido en el PCAP y, en su virtud, el órgano de contratación invitó a los licitadores a ratificar o presentar oferta de mejora de la proposición inicial para su reclasificación. Se indica en el recurso que en la invitación a presentar las ofertas de mejora únicamente se informó a los licitadores de la puntuación global obtenida por cada licitador y la posición que ocupan en la clasificación resultante de la primera valoración, sin facilitar el análisis o el desglose de la valoración económica y técnica realizada.

En la fase previa a la apertura del proceso de negociación, la oferta presentada por THEON resultó la mejor valorada. Posteriormente, abierto el proceso de negociación del contrato, dado que durante la fase de negociación, prevista para un máximo de dos rondas (cláusula 14 PCAP), la oferta de THEON mejoró y adelantó en la clasificación a la oferta de



NIGHTVISION LASERS SPAIN, clasificada en primer lugar en la primera valoración (puntualiza aquí el recurso que ello se produjo bajo la aplicación de una regla de valoración incorrecta), se comunicó esta circunstancia a NIGHTVISION LASERS SPAIN para que presentase una nueva oferta final que mejorase las anteriores (o, en otro caso, ratificase su segunda oferta). Como resultado de todo ello, en la valoración final, NIGHTVISION LASERS SPAIN resultó clasificada en primer lugar, con 165,8 puntos, seguida de la oferta de la empresa recurrente, con 164,5 puntos.

Para defender la crítica que se realiza a la valoración de las ofertas realizada por la mesa de contratación, el recurso analiza la regla establecida en la cláusula 8 del PCAP para puntuar la valoración técnica. Se indica en tal sentido que para el cálculo de la valoración técnica se debe aplicar una fórmula matemática en la que se valoran las distintas prestaciones de los productos ofertados por los licitadores, asignándose a cada licitador una determinada puntuación en función de la posición que ocupen con respecto a las restantes ofertas, conforme a la siguiente regla de valoración: 1 punto al que mejor prestación oferte, 0,8 puntos al siguiente mejor, 0,6 puntos al siguiente, etc.

Añade el recurrente que la mesa de contratación, en lugar de atribuir para cada uno de los requisitos valorados una puntuación máxima de 1 punto a la mejor prestación, puntuándose las siguientes ofertas en orden decreciente, aplicó una regla inversa, atribuyendo una puntuación mínima de 1 punto a la peor prestación, puntuando las siguientes ofertas en orden creciente con un intervalo de 1 punto (es decir: 1 punto al que menor prestación oferte, 2 puntos al siguiente peor, 3 puntos al siguiente, etc.).

Para el recurrente resulta claro que esta regla de valoración difiere por completo de la regla establecida en la cláusula 8 del PCAP, y señala al respecto que *“la aplicación de esta regla de valoración no prevista en el PCAP ha tenido un impacto esencial tanto en la determinación la mejor oferta inicial (con el consiguiente derecho de mejorar en última instancia la oferta que se haya colocado en el primer lugar de la clasificación de las ofertas, conforme a la cláusula 14 del PCAP), como, en última instancia, en el resultado de la adjudicación. En efecto, la diferencia de criterios resulta esencial ya que, si se atiende a la regla aplicada por la Mesa de Contratación, la mejor oferta –y, por tanto, la adjudicataria del Contrato– es la oferta presentada por NVLS; por el contrario, si se atiende a la regla de valoración establecida expresamente en la cláusula 8 del PCAP, la mejor oferta es la de THEON, tanto en la Primera*



Valoración como en la Valoración Final. Y, en su virtud, el Contrato se habría adjudicado a THEON.

A efectos acreditativos, incluimos a continuación unas tablas comparativas de la valoración de las ofertas presentadas por los licitadores en aplicación de la regla seguida por Mesa de Contratación (“Valoración Incorrecta”) y en aplicación de la regla que resulta de la cláusula 8 del PCAP (“Valoración Correcta”).

Se añade asimismo que “es evidente que con la regla de valoración que ha aplicado la Mesa de Contratación se altera de una manera absolutamente desproporcionada la ponderación relativa que corresponde a cada criterio de adjudicación, haciendo prevalecer la Valoración Técnica sobre la Valoración Económica, en contra de lo dispuesto en la cláusula 8 del PCAP”.

Defiende por todo ello el recurso que la valoración de las ofertas debe realizarse de nuevo en aplicación de la regla de valoración establecida en la cláusula 8 del PCAP, adjudicando el contrato a la oferta con la mejor relación calidad precio.

Y se concluye interesando que se anule la adjudicación “por la ilegal valoración del criterio de adjudicación relativo a la Valoración Técnica, ordenando que se corrija dicha valoración y se dicte una nueva resolución de adjudicación a favor de la oferta de THEON SENSORS S.A., por ser la oferta de mejor relación calidad precio”.

Tercero. El órgano de contratación ha evacuado el trámite de informe sobre el recurso, formulando allanamiento al mismo al aceptar que en la evaluación de las proposiciones se ha producido vulneración de lo dispuesto en la cláusula 8 del PCAP.

Se indica en tal sentido que “la actuación de la Mesa de Contratación basada en los informes emitidos por el vocal técnico vulnera el principio de “lex contractus” que tienen los pliegos reguladores del expediente, ya que la valoración de las ofertas se ha realizado de manera diferente a la establecida en el PCAP, al variar la puntuación que se va a dar a las ofertas técnicas presentadas por los licitadores”.

Se razona a tal respecto lo siguiente:

“La cláusula 8 del PCAP, establece la siguiente prescripción:



*“... Puntuación Valoración Técnica = [(RE-11)*2+(RE-24)*4+(RE-28)*3+G+AAI] / 10*

Se ordenarán los licitadores según las prestaciones de cada uno de los requisitos, de peor a mejor, asignándosele a cada uno tantos puntos como resultan del ordinal; es decir: 1 punto al que mejor prestación oferte, 0,8 puntos al siguiente mejor, 0,6 puntos al siguiente etc.

(...)

A la vista de los tres informes emitidos por el vocal técnico en el procedimiento de licitación; en los mismos se señala que “... Se ordenarán los licitadores según las prestaciones de cada uno de los requisitos, de peor a mejor como resultan del ordinal; es decir: 1 punto al que menor prestación oferte, 2 puntos al siguiente peor, etc...”, realizándose las valoraciones de las ofertas de esta manera, en una clara vulneración de la cláusula 8 del PCAP y del principio de “lex contractus”, tal y como señala la empresa demandante. En cuanto a lo establecido en el informe emitido con ocasión del recurso interpuesto, también se reconoce esta circunstancia; al señalarse en el mismo que “... Una vez revisado el expediente, se ha procedido a recalcular la puntuación en las valoraciones técnicas de cada uno de los licitadores resultando deducir que efectivamente se produjo un error material en el cálculo de las mismas, el cual además ha modificado el porcentaje establecido en los pliegos y ha ocasionado variación en la clasificación tras las ofertas iniciales...”, siendo señalado que las consecuencias del error son efectivamente, las referidas por la mercantil demandante.

Tras el análisis de la documentación, este órgano de contratación considera que no hay otra opción que informar que el motivo argüido por la mercantil demandante debe ser estimado; ya que, a todas luces, la actuación del vocal técnico que ha informado las ofertas presentadas ha aplicado un criterio de valoración de las ofertas de manera diferente a cómo éste estaba recogido en el PCAP, concretamente en su cláusula 8.”

Se considera por ello por el órgano de contratación que el motivo de impugnación debe ser estimado, si bien no se acepta la pretensión de la recurrente en cuanto a las consecuencias de tal estimación, bajo el siguiente razonamiento:

“Si bien es cierto, como se ha señalado en el fundamento de derecho anterior; que la actuación administrativa en la valoración de las ofertas no ha sido ajustada a Derecho, no es menos



cierto que la consecuencia de dicho supuesto no puede ser la adjudicación automática del expediente a la mercantil recurrente.

Es improcedente dicha consecuencia jurídica con apoyo en la falta de competencia del TACRC para adjudicar expedientes y en que ha sido viciado todo el procedimiento de negociación debido a la valoración por parte de la Administración de las ofertas iniciales, según lo dispuesto en los artículos 49 y siguientes de la LPAC; y en la cláusula 14 del PCAP”.

En cuanto a la falta de competencia de este Tribunal para resolver la adjudicación del contrato, se alude a la Resolución 120/2019 y a la Resolución nº 1866/2021, y se continúa indicando:

“En cuanto al vicio del procedimiento de negociación, que no permite la conservación de la actuación administrativa llevada a cabo en el mismo; son de aplicación los artículos 49 y siguientes de la LPAC, así como la cláusula 14 del PCAP. El artículo 49.1 de la LPAC señala que “La nulidad o anulabilidad de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero.”. En efecto, la recurrente parece considerar que el desarrollo del procedimiento de negociación habría sido idéntico si la valoración de las ofertas se hubiera realizado correctamente; algo que no puede afirmarse dada la dependencia entre la valoración inicial de las ofertas y el desarrollo de éste.

Es evidente para este órgano de contratación, que el error en la valoración de las ofertas iniciales se traslada a todo el procedimiento de negociación; no pudiendo ser conservadas ni las mejoras realizadas por los licitadores en el procedimiento de negociación, ni tampoco las valoraciones de las mismas, ya que la diferencia de puntuaciones, así como el cambio en la primera posición que una valoración correcta de las proposiciones es absolutamente determinante para el desarrollo del procedimiento de negociación, máxime cuando la cláusula 14 del PCAP señala que “... Una vez hayan finalizado las rondas negociadoras se recalificarán las ofertas y se comunicará al licitador cuya oferta hubiera quedado clasificada en primer lugar en la primera apertura de ofertas, si ha habido alguna mejora respecto a su oferta inicial y que implique cambio de su puesto en la clasificación. Si hubiera ofertas que mejoran la del licitador que quedó en primer lugar, se le comunicará a este tal circunstancia, al objeto de que pueda presentar una nueva oferta de mejora, en el plazo de 2 días hábiles desde esta última comunicación. Caso de que no presentase una nueva oferta se tendrá en cuenta la última que presentó...”.



Esto es así porque en la formación de la voluntad de los licitadores durante el procedimiento de negociación influye la posición en la que han quedado tras la valoración de sus ofertas iniciales; de forma que habría un vicio del consentimiento de conformidad con los artículos 1.261 y siguientes del Código Civil respecto de todas las ofertas presentadas tras la valoración de las ofertas iniciales, especialmente, en el caso de la mercantil clasificada en primer lugar tras la ronda inicial de presentación de ofertas. En consecuencia, debe ser anulado todo el procedimiento de negociación; y ser tramitado de nuevo con las premisas señaladas en este informe para una correcta formación de la voluntad de todos los licitadores que han participado en la licitación.

Así las cosas, es evidente que no se da el requisito de independencia requerido por el artículo 49.1 de la LPAC para el mantenimiento de la validez de los actos dictados en el procedimiento de negociación, por lo que no procede su conservación de acuerdo con el artículo 51 del mismo texto legal que establece que “El órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.”

Por todo lo expuesto, este órgano de contratación considera que la consecuencia de la actuación administrativa disconforme a Derecho debe ser la retroacción del procedimiento hasta el momento de valoración de las ofertas iniciales presentadas por los licitadores”.

Cuarto. La Secretaría del Tribunal, con fecha 21 de junio de 2022, dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones, habiendo evacuado este trámite la empresa adjudicataria NIGHTVISION LASERS SPAIN S.L.

Indica esta empresa que es cierto que el criterio aplicado por la mesa de contratación al valorar la oferta técnica no ha sido estrictamente el establecido en la PCAP, pero rechaza que dicho criterio altere la ponderación que el PCAP atribuye a la oferta económica y a la oferta técnica como manifiesta la recurrente. Añade además distintas consideraciones en rechazo de las alegaciones del recurrente e interesa la desestimación del recurso. Subsidiariamente, se interesa que, en el supuesto de que sea estimado íntegra o parcialmente el recurso, se determine por el Tribunal la nulidad íntegra del expediente de contratación, iniciándose ex novo la licitación.



Quinto. Interpuesto el recurso, la Secretaria General del Tribunal, por delegación de este, dictó resolución de fecha 22 de junio de 2022, acordando mantener la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La tramitación del presente recurso se ha regido por lo prescrito en la vigente LCSP y en el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Segundo. Este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es competente para conocer del presente recurso especial en materia de contratación a tenor de lo establecido en el artículo 59.2 de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y de la Seguridad, en relación con el artículo 45.1 de la LCSP.

Tercero. El recurso ha sido interpuesto contra un contrato de suministros, susceptible de ser impugnado a través del recurso especial en materia de contratación (artículo 59.1 Ley 24/2011) y contra un acto susceptible de recurso en esta vía (acuerdo de adjudicación) de conformidad con lo establecido en el artículo 59, apartados 1 y 4, de la citada Ley 24/2011, en relación con el art. 44.2.c) de la LCSP

Cuarto. La interposición se ha producido dentro del plazo legal, al no haber transcurrido más de 15 días hábiles entre la fecha de notificación del acuerdo y la de presentación del recurso (art. 50.1 de la LCSP).

Quinto. Por lo que respecta a la legitimación de la recurrente, ha de reconocerse la misma al tratarse de licitador que defiende la procedencia de la adjudicación a su favor, habiendo obtenido la segunda mejor puntuación de las ofertas concurrentes.



Sexto. Pasando ya al examen de los motivos de impugnación articulados en el recurso, ante el allanamiento del órgano de contratación hemos de traer a colación la doctrina de este Tribunal relativa a la conformidad del órgano de contratación con las pretensiones del recurrente, citando lo que indicábamos en Resolución 970/2019 de 14 de agosto, citada a su vez por la Resolución nº 797/2020:

“Tal y como ya indicáramos en nuestra resolución 303/2015, de 10 de abril, “(...) hemos de señalar ante todo que en el TRLCSP no está regulado expresamente el efecto que deba tener sobre estos recursos especiales en materia de contratación una eventual conformidad del órgano de contratación con las pretensiones del recurrente. En ausencia de una norma específica sobre esta materia, el TRLCSP nos remite en lo no expresamente previsto por él, a la ley 30/1992 (hoy, Ley 39 y 40/2015), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que resulta de aplicación supletoria. Pues bien, el artículo 113 de esta última disposición legal, al hablar de la resolución de los recursos administrativos, se limita a declarar que el recurso administrativo resolverá sobre todas las cuestiones de fondo y forma que plantee el recurso, hayan sido o no planteadas por el recurrente, exigiendo no obstante congruencia, es decir, pleno ajuste de la resolución que se dicte a las pretensiones ejercitadas en el recurso y prohibiéndose expresamente la “reformatio in peius”. Es evidente que, en los recursos administrativos comunes, la Administración es a la vez “juez y parte” y por ello, si la autoridad autora de un acto impugnado en vía administrativa reconsidera su decisión inicial y se muestra conforme con las pretensiones del recurrente, la solución es bien sencilla: le basta con estimar el recurso. Esta solución no es factible, sin embargo, en caso en que el órgano encargado de resolver el recurso, como sucede con este Tribunal, es una autoridad claramente distinta e independiente del órgano autor de un acto impugnado, es decir un órgano decisor independiente que dirime entre posiciones contrapuestas y por completo ajenas a él. Lo más similar a este Tribunal atendiendo además al espíritu de la Directiva que impuso la creación de este Tribunal, en lugar de acudir a un proceso judicial “ad hoc”, es el caso de la llamada “jurisdicción retenida” donde los recursos frente a los actos de la Administración sujetos al Derecho Administrativo se sustancian ante un órgano administrativo, pero plenamente independiente, como lo es sin duda el Consejo de Estado francés. Por tanto, ante el silencio del TRLCSP y de su norma supletoria, la 30/1992 sobre esta cuestión, hemos de remitirnos a la vigente regulación del recurso contencioso-administrativo. En ella, el reconocimiento tardío de las pretensiones del recurrente por parte del órgano administrativo autor de la resolución impugnada equivale a un allanamiento que

pone fin al proceso judicial entablado, salvo que ello suponga una “infracción manifiesta del Ordenamiento Jurídico” (artículo 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Ello implica en definitiva que este Tribunal debe atribuir a la conformidad manifestada por el órgano de contratación respecto de la pretensión esgrimida en el recurso, la eficacia de un verdadero allanamiento y solo puede entrar en el fondo de la cuestión planteada por el recurso, en caso de que aprecia que la aceptación de las pretensiones de la recurrente “infringe, de modo manifiesto el Ordenamiento Jurídico”.

Partiendo de estas consideraciones, habremos de analizar si en el presente caso cabría apreciar tal infracción del ordenamiento jurídico, teniendo presentes además las alegaciones de la empresa adjudicataria rechazando las alegaciones del recurso. Conviene por ello detenernos en el examen de la impugnación articulada por la recurrente, atendiendo a las previsiones del PCAP que se dicen infringidas.

En tal sentido, comenzamos refiriéndonos a la cláusula 8 del PCAP, donde en relación con los criterios de adjudicación se indica lo siguiente:

“Para la adjudicación del expediente, los criterios de adjudicación, por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuye, que servirán de base para la valoración de las proposiciones, de acuerdo con lo previsto en el artículo 145 de la LCSP, serán los que se detallan:

- *Precio unitario PR (70%)*
- *Valoración técnica VT (30%)*

*Y la fórmula aplicable: Puntuación=70*PR+30*VT*

(...)

ASPECTOS A NEGOCIAR: Para la adjudicación del expediente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 43 y 44 de la LCSPDS, serán objeto de negociación los elementos que se detallan:

Precio (PR).

Aspectos Técnicos (VT)”.

Interesa destacar el siguiente apartado de esta cláusula, referido al cálculo de los valores a incluir para cada uno de los aspectos a ponderar en la fórmula de determinación de la puntuación de la valoración técnica:

“Se ordenarán los licitadores según las prestaciones de cada uno de los requisitos, de peor a mejor, asignándosele a cada uno tantos puntos como resultan del ordinal; es decir: 1 punto al que mejor prestación oferte, 0,8 puntos al siguiente mejor, 0,6 puntos al siguiente etc.

RE-11= DISTORSIÓN.- MENOR % DISTORSIÓN=MAYOR PUNTUACIÓN.

RE-24= FOM.- MAYOR FOM=MAYOR PUNTUACIÓN.

RE-28= MASA.- MENOR MASA= MAYOR PUNTUACIÓN.

G= CONTROL AUTOMÁTICO DE GANANCIA: SI =0,5 PUNTOS; NO= 0,0 PUNTOS.

AAI= AUTO APAGADO INDEPENDIENTE DE CADA UNO DE LOS CANALES DE IMAGEN: SÍ=0,5 PUNTOS; NO=0,0 PUNTOS.”

A la vista del claro tenor de esta cláusula 8 del PCAP en cuanto a la determinación de la puntuación correspondiente a la valoración técnica, se aprecia con toda evidencia que la evaluación de las ofertas realizada por la mesa de contratación ha infringido dicha previsión del pliego, tal y como reconoce el propio órgano de contratación. En efecto, en lugar de atribuir 1 punto a la mejor de las ofertas en cada uno de los apartados, puntuando el resto en sentido decreciente, en los cálculos realizados en el expediente para cada una de las valoraciones realizadas (de las ofertas iniciales y de las posteriores ofertas mejoradas) se ha asignado un punto a la peor oferta, incrementándose sucesivamente la puntuación siguiendo el orden de las ofertas. Con ello se vulnera el pliego, lo que resulta inadmisibile, y se viene a otorgar una puntuación superior a la valoración técnica, al incrementarse sustancialmente la puntuación que corresponde a la mejor proposición para cada uno de los aspectos objeto de ponderación. No cabe por ello sino aceptar el allanamiento del órgano de contratación, que se ajusta a derecho al asumir la anulación de la adjudicación que deviene necesaria consecuencia de dicha infracción del pliego, ley del contrato.



Séptimo. Aceptado el allanamiento del órgano de contratación, resta por decidir cuál haya de ser el alcance de la anulación del acuerdo de adjudicación, viciado por la referida infracción de lo dispuesto en el pliego. A tal efecto, hay que comenzar señalando que, como bien pone de relieve el informe del órgano de contratación y así lo ha manifestado este Tribunal en numerosas ocasiones (resolución nº 691/2017 de 27 de julio de 2017, resolución nº 691/2017 de 27 de julio de 2017, resolución 906/2021 de 22 de julio de 2021 y resolución 143/2021 de 15 de abril de 2021, entre otras muchas), no procede que este Tribunal adjudique el contrato a la empresa recurrente, y ello no ya solo por el carácter estrictamente revisor de la función que le corresponde, sin que en ningún caso pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación.

Octavo. Por otro lado, este Tribunal considera que el allanamiento del órgano de contratación, dada la infracción del pliego cometida, no implicaría que dicho órgano, automáticamente, adjudicara el contrato a la recurrente porque la incidencia que tiene el vicio advertido sobre el proceso de valoración de las ofertas y las consecuencias que en el procedimiento de adjudicación de este contrato (proceso de negociación) se derivan, como a continuación desarrollaremos, no permite alcanzar la conclusión de que la adjudicación hubiese de corresponder al recurrente, a pesar de lo que razona en su recurso.

A este respecto, hemos de referirnos a la Cláusula 14, referida a la negociación del contrato, donde se indica lo siguiente:

“El órgano de contratación negociará con los invitados las ofertas que éstas hayan presentado para adaptarlas a los aspectos objeto de negociación, mediante la aplicación de los criterios de negociación establecidos.

A la negociación pasarán todas las empresas cuyo sobre número 2 haya sido abierto, y ésta será realizada por la Mesa de Contratación, cuya composición será la señalada en la presente Cláusula.

La negociación constará de un máximo de dos rondas y se realizará a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Una vez evaluadas las proposiciones por el vocal técnico, se establecerá el orden en el que han quedado y se informará a los licitadores para que ratifiquen o mejoren su oferta estableciéndose un nuevo orden y así hasta que finalicen las rondas negociadoras.

Una vez hayan finalizado las rondas negociadoras se recalificarán las ofertas y se comunicará al licitador cuya oferta hubiera quedado clasificada en primer lugar en la primera apertura de ofertas, si ha habido alguna mejora respecto a su oferta inicial y que implique cambio de su puesto en la clasificación. Si hubiera ofertas que mejoran la del licitador que quedó en primer lugar, se le comunicará a este tal circunstancia, al objeto de que pueda presentar una nueva oferta de mejora, en el plazo de 2 días hábiles desde esta última comunicación. Caso de que no presentase una nueva oferta se tendrá en cuenta la última que presentó.

Una vez hayan finalizado el procedimiento de negociación, se remitirán las proposiciones al vocal técnico para que, en función de los criterios de adjudicación, se clasifiquen las ofertas según la puntuación obtenida.

En el procedimiento se tiene que facilitar la misma información a todos los invitados. En ningún caso se proporcionará información particular que pueda suponer una ventaja para algún invitado en detrimento de los otros. Con el fin de garantizar el principio de igualdad, el órgano de contratación debe habilitar el sistema que crea más adecuado para dar publicidad de todas las consultas que se formulen a lo largo del procedimiento, y de las correspondientes respuestas, a todos los interesados.

Las proposiciones presentadas tienen carácter firme y deben mantenerse, en todo caso, hasta el plazo máximo de resolución del procedimiento.

En cualquier momento del procedimiento, el órgano de contratación puede requerir a los invitados que aclaren determinados aspectos de su oferta, sin que puedan modificar en sus aclaraciones los elementos sustanciales de la misma, y siempre que no se falsee la competencia.

(...)

Concluida la fase de negociación, la Mesa, en los casos en que se haya constituido, valorará las ofertas de las empresas invitadas a la negociación y que no hayan sido declaradas



anormalmente bajas, a cuyo efecto podrá recabar los informes técnicos que considere precisos, y propondrá al órgano de contratación la adjudicación al licitador que presentó la oferta con mejor relación calidad-precio”.

De este modo, si atendemos al mecanismo de valoración de proposiciones diseñado en el PCAP a través de la fase de negociación expuesta, nos encontramos con que, tras una primera evaluación de las ofertas conforme a los criterios de adjudicación fijados, se abre una fase de negociación con los licitadores en la que éstos, a partir del resultado de esa evaluación inicial, pueden mejorar sus ofertas, en los términos que describe el pliego. Pues bien, si la evaluación inicial ya fue incorrecta, al no seguirse la fórmula de valoración de la oferta técnica establecida en el pliego, ello viciaba ya todo el posterior proceso de negociación, puesto que las decisiones de los licitadores acerca de la posibilidad de mejorar sus ofertas se tomaron atendiendo a una premisa incorrecta en cuanto a las puntuaciones de la calificación inicial de las ofertas, no pudiendo por ello mantenerse ya, una vez se corrija esa evaluación inicial, los términos de las nuevas ofertas presentadas en su día, sino que deberá abrirse un nuevo proceso negociador a partir de la nueva clasificación inicial de las proposiciones. Con ello no se vulnera ninguno de los principios de la contratación administrativa, respetándose singularmente los de igualdad y transparencia, puesto que los licitadores podrán plantear las posibles mejoras que tengan por conveniente en los términos del pliego, sin que quede comprometida la objetividad de la nueva evaluación a realizar por la mesa de contratación, pues los datos de partida, esto es, las ofertas iniciales, constituyen un dato cuyo conocimiento es siempre premisa de la negociación que se establece en el pliego. De ahí que sea pertinente conservar los actos del procedimiento de adjudicación hasta el trámite de evaluación inicial de las proposiciones, sin que sea procedente la íntegra anulación del procedimiento a que alude de manera subsidiaria la empresa adjudicataria en sus alegaciones.

En consecuencia, procederá la retroacción de actuaciones del procedimiento al momento de evaluación inicial de las proposiciones, a fin de que se lleve a efecto la misma respetando las previsiones de la cláusula 8 del PCAP, con posterior apertura de la fase de negociación en los términos previstos en dicho pliego.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,



ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. C. Y. C. en representación de la mercantil THEON SENSORS S.A., frente a la resolución de 19 de mayo de 2022 del Jefe de Asuntos Económicos del Mando de Apoyo Logístico del Ejército de Tierra, por la que se resuelve adjudicar el contrato de suministro para la "*Adquisición de binoculares de visión nocturna con accesorios FOM mínimo 1800*", expediente de contratación 2021/ETSAE0906/00003610E, anulando dicho acuerdo de adjudicación y acordando retrotraer el procedimiento a la fase de valoración inicial de las ofertas, en los términos expresados en el fundamento jurídico octavo de la presente resolución.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, letra f), y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.