



Recurso nº 1262/2023

Resolución nº 1401/2023

Sección 2ª

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

En Madrid, a 27 de octubre de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. E.R.A., en representación de THEON SENSORS S.A., contra los pliegos del procedimiento “*Adquisición De Binoculares De Visión Nocturna*”, con expediente 2023/ETSAE0906/00001494E, convocado por la Jefatura de Asuntos Económicos del Mando de Apoyo Logístico del Ejército de Tierra, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha dictado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante Resolución de la Jefatura de Asuntos Económicos del Mando de Apoyo Logístico del Ejército de Tierra de fecha 1 de agosto de 2023 se aprueban los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del procedimiento “Adquisición De Binoculares De Visión Nocturna”, con expediente 2023/ETSAE0906/00001494E 1 con un valor estimado de 11.200.000,00 €.

Segundo. Mediante anuncio fue publicada la licitación en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 14 de agosto de 2023 y en el BOE en fecha 23 de agosto.

Tercero. En fecha 31 de agosto de 2023, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público una rectificación del anuncio y de los Pliegos de la licitación, retrasando la fecha límite para la recepción de solicitudes de participación hasta el 9 de octubre de 2023 (fijada inicialmente para el 8 de septiembre anterior).

Cuarto. Contra los citados pliegos, D. E.R.A., en representación de THEON SENSORS S.A., interpuso recurso especial en materia de contratación teniendo entrada en el registro de este Tribunal el día 5 de septiembre de 2023.



Quinto. Por resolución de 20 de septiembre de 2023, dado que, en la tramitación de los certificados de último destino intervienen órganos administrativos ajenos al órgano de contratación y se han advertido retrasos que, a juicio de éste, afectan a su vez a la tramitación de las licencias de exportación necesarias para que los licitadores extranjeros puedan presentar las muestras requeridas en los pliegos, se acordó ampliar el plazo de presentación de solicitudes de participación hasta el 15 de noviembre de 2023 a las 12:00 horas

Sexto. Por resolución de la Secretaria General de Tribunal de fecha 14 de septiembre de 2023, actuando por delegación del mismo, se concedió la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, sin que esta afecte al plazo de presentación de ofertas, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP en adelante), de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con el artículo 45 de la LCSP y 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 (LCSPDS).

Segundo. El presente contrato es susceptible de este recuso especial conforme al artículo 59.1 de la LCSPDS en relación con el artículo 44.1.a) de la LCSP al tratarse de un contrato de suministros de un valor superior a 100.000 euros.

En cuanto al acto recurrido objeto del recurso, en este caso son los pliegos de la licitación, susceptibles de impugnación conforme al artículo 44.2.a) de dicha norma legal.

Tercero. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el recurso se ha interpuesto en tiempo y forma. En efecto, el recurso se dirige contra los pliegos de la licitación de forma que a efectos del *dies a quo* y plazo de recurso ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 50.1.b) de la LCSP.



Conforme al expediente administrativo remitido, los pliegos fueron publicados en el BOE de fecha 23-08-2023 y en la Plataforma de Contratación del Estado el 14-08-2023, de forma que siendo el recurso presentado el 5 de septiembre, lo ha sido en plazo.

Cuarto. Entrando en el examen del fondo del asunto, la recurrente se alza contra los pliegos con base en los siguientes argumentos:

- 1) La configuración de la entrega de muestras en el PCAP regulador del expediente es contraria a los principios de libre competencia, igualdad y no discriminación, ya que impone un requisito adicional y desproporcionado a las empresas de otros estados de la Unión Europea.
- 2) Las muestras previas forman parte de la proposición y tienen la finalidad de acreditar el cumplimiento de las especificaciones técnicas del PPT y permitir la valoración de los criterios de adjudicación, por lo que deben de aportarse en el archivo 2.
- 3) Restricción de la competencia, toda vez que se trata de un acuerdo marco con un plazo de ejecución de hasta 5 años.
- 4) Nulidad de los criterios de adjudicación de naturaleza técnica, por predeterminar la adjudicación del expediente a la mercantil NIGHTVISION LASERS SPAIN, S.L.U.

Por su parte, en el informe evacuado con ocasión del presente recurso especial por un lado, pone de manifiesto la pérdida de objeto sobrevinida de la primera alegación formulada por la parte actora pues acordó la ampliación del plazo para presentar las solicitudes de participación y, por otra parte, en lo que al resto de motivos de impugnación se refiere se opone a los mismos interesando la desestimación del recurso.

Quinto. Comenzando por la primera de las alegaciones de la actora, ésta afirma que “... *De conformidad con lo establecido en las cláusulas 12 y 18 del PCAP, los licitadores deben aportar muestras previas de los productos que van a ofertar en la fase preliminar de la licitación –fase de precalificación–, con carácter previo, incluso, a la presentación de las solicitudes de participación.*”



Así resulta de lo dispuesto en la cláusula 12 del PCAP, que incluye entre los documentos que integran la solicitud de participación (Contenido del Sobre Nº 1 – Solicitud de participación y documentación administrativa) las “muestras previas”, exigiendo la presentación dentro del Sobre Nº 1 del “resguardo acreditativo de haber entregado muestras previas, si éstas fuesen exigibles conforme al expediente”.

*Por su parte, la cláusula 18 del PCAP impone expresamente la obligación de aportar dichas muestras en esta licitación, señalando que “al mismo tiempo que las proposiciones, deberán entregarse, libres de cargo alguno y sin derecho a devoluciones (salvo que se disponga otra cosa), muestras previas para determinar la calidad de los artículos ofertados objeto del presente contrato, que serán utilizadas por la Administración para los ensayos, análisis o pruebas que se consideren necesarias **PROCEDE**”.*(...)

Por tanto, conforme a lo que establecen las cláusulas 12 y 18 del PCAP, cabe deducir que los licitadores deben aportar muestras de los productos que van a ofertar en la fase preliminar de la licitación, es decir, con carácter previo a la presentación no ya de la proposición propiamente dicha, sino antes, incluso, de presentar la solicitud de participación.

Pues bien, según exponremos a continuación, la exigencia de aportar muestras previas en esta fase preliminar de precalificación de los candidatos representa un obstáculo desproporcionado para los operadores de otros Estados miembros de la Unión Europea (UE) –con la consiguiente ventaja competitiva para la única empresa española que licitará–, siendo así, además, que su aportación en esta fase preliminar no está justificada a la luz de la finalidad que dichas muestras cumplen en esta licitación, pues no sirven para acreditar la solvencia técnica de los licitadores, y porque, en caso de que un licitador no sea preseleccionado esta fase previa, la muestra no sólo no será evaluada, sino que, además, habrá proporcionado al Órgano de Contratación información confidencial innecesaria para esta fase de licitación...”.

A juicio de la recurrente, esto es así porque dada la prestación objeto del contrato (binoculares de visión nocturna, que es material calificado como de “doble uso”), los licitadores con nacionalidad de otros estados de la Unión Europea (como el caso de la mercantil licitadora, que tiene nacionalidad griega) están obligados por la Directiva 2009/43/CE, de 6 de mayo de 2009, sobre la simplificación de los términos y las condiciones de las transferencias de



productos relacionados con la defensa dentro de la Comunidad (en función de las normas nacionales que transpongan la misma) a obtener una licencia de transferencia como excepción al principio de libre circulación. Esta circunstancia, considera la mercantil demandante que *"... representa una traba adicional y, en todo caso, un obstáculo desproporcionado para las empresas de otros Estados miembros de la UE –con la consiguiente ventaja competitiva para la única empresa española que tiene capacidad para licitar–, máxime si tenemos en cuenta la brevedad del plazo para presentar las solicitudes de participación, sin perjuicio de la imprescindible ampliación de plazo que ya se ha acordado por el Órgano de Contratación..."*.

Esto es así, porque de conformidad con un dictamen jurídico de un abogado griego que adjunta al recurso, las autoridades griegas requieren para la emisión de la licencia de transferencia la presentación de *"... una solicitud a la autoridad nacional competente en Grecia, en la que se deberá incluir cierta información del material afectado, entre otras, "las especificaciones técnicas, los certificados de usuario final, el destino, los antecedentes del destinatario y la finalidad de la exportación"*. Destaca la necesidad de presentar el oportuno certificado de usuario final (en este caso, el Ministerio de Defensa de España), subrayando el citado informe que, *"en particular, en lo que se refiere a la expedición de los certificados de usuario final, debe tenerse en cuenta que dicho proceso requiere, en todo caso, la intervención y cooperación de las autoridades o entidades de destino, es decir, aquellas a las que se dirige la transferencia intracomunitaria de material de defensa, añadiendo como resultado otro paso que alarga el proceso en sí..."*, que a juicio del abogado emisor del dictamen tiene un plazo de expedición de *"... 30 días computados a partir de la fecha de la solicitud de la licencia, para cuya presentación es necesario, según lo expuesto, aportar toda la información necesaria sobre el destinatario final del material y, singularmente, el certificado de usuario final, al tiempo que debe tenerse en cuenta que la autoridad competente no está sujeta a un plazo legal máximo para resolver (es decir, para expedir la Licencia de Transferencia)..."*.

Asimismo, la conclusión final de la mercantil demandante es que *"... Expuesto lo anterior, es evidente que el plazo inicialmente previsto para la presentación de las solicitudes de participación (8 de septiembre de 2023, según el anuncio original) hacía materialmente imposible que cualquier empresa no española pudiera cumplir el requisito de aportar muestras previas antes de la finalización de dicho plazo... Por este motivo, THEON y otros potenciales licitadores, –según consta en el documento de preguntas y aclaraciones de la licitación*



(Documento 5)– solicitaron una ampliación del plazo para las solicitudes de participación, en algunos casos, de hasta 2 meses con la finalidad de disponer del tiempo suficiente para tramitar y obtener las Licencias de Transferencia necesarias para proporcionar las muestras previas...”.

Por tanto, la actora se alza contra la aportación de muestras previas puesto que requiere la tramitación y obtención de una Licencia de Transferencia expedida por las autoridades del Estado de origen del licitador – en este caso, de Grecia- y que resultaría imposible cumplir dado el plazo que para la presentación de solicitudes de participación se estableció en los pliegos, habiendo solicitado una ampliación de dicho plazo de hasta dos meses.

Por su parte, el órgano de contratación señala que “(...) *la licencia de transferencia a la que alude la mercantil demandante en su recurso está regulada a nivel comunitario en la ya citada Directiva 2009/43/CE; y atendiendo a la regulación de la misma, este órgano de contratación considera que la situación de no haber obtenido una licencia de transferencia para la presentación de la muestra es responsabilidad exclusivamente de la hoy empresa demandante, sin perjuicio de la posibilidad de que la República de Grecia no haya facilitado en la transposición de la citada Directiva la salida del material de defensa o de doble uso de las fronteras griegas*”.

A este respecto, debemos comenzar señalando que es cierto que de conformidad con la Directiva 2009/43, toda transferencia de material o productos relacionados con la defensa dentro de la UE está sujeta a un régimen de autorización previa –a través de Licencias de Transferencias– concedida por el Estado miembro de origen del proveedor que desea transferir los productos. La Directiva 2009/43 prevé la posibilidad de excepcionar este régimen de autorización previa en una serie de casos específicos, si bien se deja libertad a los Estados miembros tanto en lo que se refiere a la aplicación de esta exención como en la regulación de los requisitos, formalidades y plazos para el otorgamiento de la Licencias de Transferencia.

Por tanto, la exigencia de la obtención de la licencia de transferencia no es un requisito exigido por la legislación de contratación pública española, sino que viene impuesta por el ordenamiento jurídico comunitario, que considera que el material militar y el material de doble uso deben estar sometidos a limitaciones en cuanto a la movilidad por el territorio comunitario, como una excepción al principio de libre circulación de mercancías establecido por los



artículos 26 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, siendo recogido dicho principio como una política de la Unión.

Además, para evitar los inconvenientes de que tener que contar con licencias de transferencias individuales y dejando a un lado la regulación de este requisito exigido por la normativa europea en la legislación griega, debe advertirse que el apartado 4 del artículo 4 de la citada Directiva 2009/43 ya avanza la obligación de los estados miembros de que éstos *“...garantizarán que los proveedores que deseen transferir productos relacionados con la defensa desde sus respectivos territorios puedan utilizar licencias de transferencia generales o solicitar licencias de transferencia globales o individuales de conformidad con los artículos 5, 6 y 7...”*.

Dichas licencias generales de transferencia se regulan en el artículo 5.1 de la Directiva en el sentido de que *“1. Los Estados miembros publicarán licencias de transferencia generales que autoricen directamente a los proveedores establecidos en sus respectivos territorios que cumplan los términos y las condiciones vinculados a la licencia de transferencia a efectuar transferencias de productos relacionados con la defensa, que se habrán de especificar en la licencia de transferencia, a una o varias categorías de destinatarios ubicados en otro Estado miembro...”*. No siendo competencia de este Tribunal apreciar si el Estado griego ha recogido en su legislación la licencia de transferencia general, lo cierto es que llama la atención que una empresa como la mercantil recurrente, que según menciona en el recurso interpuesto tiene experiencia en licitaciones en el ámbito del Ministerio de Defensa del Reino de España no disponga de una licencia de transferencia global para agilizar el proceso de transferencia.

Además, este Tribunal ya se ha pronunciado sobre un supuesto similar en el que las necesidades de la Administración entraban en conflicto con la regulación de la exportación de material militar de los Estados Unidos de América. Así en la Resolución nº 430/2013 del TACRC, dijimos que *“... Como indica el informe del órgano de contratación, no puede pedirse a ninguna empresa que vulnere las normas jurídicas a las que debe estar sujeta con el objeto de participar en una licitación en el estado español, pero este hecho no puede suponer un límite a las necesidades a satisfacer por el contrato si éstas pudieran ser cubiertas por otras empresas no sometidas a la legislación de otro Estado...”*.



Por todo ello, a juicio de este Tribunal la alegación de la actora debiera desestimarse, más aún, cuando la fijación del plazo concedido para la presentación de ofertas en la licitación del expediente era ajustada al ordenamiento jurídico de conformidad con lo establecido en el artículo 45 de la LCSPDS, y dentro de los límites del ordenamiento jurídico. Sin embargo, y como expusimos en el antecedente quinto de la presente resolución, dado que por el órgano de contratación se ha reconocido que en la tramitación de los certificados de último destino intervienen órganos administrativos ajenos a aquel y se han advertido retrasos que afectan a su vez a la tramitación de las licencias de exportación necesarias para que los licitadores extranjeros puedan presentar las muestras requeridas en los pliegos, por medio de resolución de 20 de septiembre de 2023, se acordó ampliar el plazo de presentación de solicitudes de participación hasta el 15 de noviembre de 2023 a las 12:00 horas.

En consecuencia, aun debiendo haber sido desestimada la primera de las alegaciones formuladas por la actora, lo cierto es que, habiéndose ampliado el plazo para la presentación de solicitudes de participación, debe entenderse producida la pérdida sobrevenida del objeto del recurso en lo que a este punto se refiere.

Sexto. En segundo lugar, la mercantil recurrente alega que las muestras previas forman parte de la proposición y tienen la finalidad de acreditar el cumplimiento de las especificaciones técnicas del PPT y permitir la valoración de los criterios de adjudicación, por lo que deben de aportarse en el archivo 2.

En particular, afirma que *“aunque conforme al PCAP las muestras previas forman parte de la documentación que los licitadores deben presentar en la fase preliminar de la licitación (Sobre Nº 1 - Solicitud de participación y documentación administrativa), en realidad, la aportación de dichas muestras tiene por finalidad acreditar que el producto ofertado cumple los requisitos técnicos mínimos del PPT y permitir la valoración de los criterios de adjudicación. Por tanto, **las muestras forman parte de la proposición (no de la documentación administrativa) y, en consecuencia, deben aportarse junto con dicha proposición en la fase de licitación propiamente dicha.***

*Así lo reconoce el propio PCAP, pues la cláusula 18, que regula el régimen aplicable a las muestras previas, comienza señalando que **“al mismo tiempo que las proposiciones, deberán entregarse, libres de cargo alguno y sin derecho a devoluciones (salvo que se***



disponga otra cosa), **muestras previas**", siendo así que las proposiciones de los licitadores se presentan en una segunda fase posterior a la fase preliminar de preselección de candidatos (cláusula 14 del PCAP). **Existe así una clara contradicción entre la cláusula 18 ab initio del PCAP, que señala que las muestras previas deben aportarse "al mismo tiempo que las proposiciones", y la cláusula 12 y la misma cláusula 18 in fine que, por el contrario, exigen que el resguardo acreditativo de la entrega de las muestras se presente dentro del Sobre Nº 1 (es decir, en la fase preliminar de la licitación).**

Pues bien, esta discrepancia debe resolverse concluyendo que las muestras previas deben presentarse al mismo tiempo (y en el mismo sobre –Sobre Nº 2–) que la proposición, pues en definitiva forman parte de la proposición y cumplen una finalidad directamente vinculada con la fase de licitación.

(...)

Pues bien, en esta licitación el único propósito que tiene la aportación de muestras previas es acreditar que el producto ofertado cumple los requisitos técnicos mínimos del PPT y permitir la valoración de los criterios de adjudicación, actuaciones que deben realizarse durante la fase de licitación propiamente dicha, una vez que los licitadores han presentado sus proposiciones. Así lo establece también la propia cláusula 18 del PCAP cuando señala que "deberán entregarse muestras previas para determinar la calidad de los artículos ofertados objeto del presente contrato, que serán utilizadas por la Administración para los ensayos, análisis o pruebas que se consideren necesarias".

Por el contrario, en esta licitación las muestras previas no tienen por finalidad acreditar la solvencia técnica, conforme a la cláusula 12 del PCAP.(...)

Los efectos de esta presentación de muestras suponen "... la presentación de muestras previas en esta fase preliminar produce como efecto la anomalía (e irregularidad) de anticipar (y revelar) el contenido de las ofertas técnicas de los licitadores de forma previa a la presentación de las proposiciones (incluida la oferta económica); es evidente que a la vista de la muestra del producto se desvelan las características técnicas que serán objeto de valoración en los criterios técnicos de adjudicación, que representan el 60% de la puntuación total. Esta anomalía podría poner en peligro la confidencialidad y el secreto de las proposiciones, condicionando eventualmente los



precios ofertados por los licitadores (pues la oferta económica únicamente representa el 40% de la puntuación total).

(...)

Por tanto, debe modificarse el PCAP con la finalidad de que, en caso de que el Órgano de Contratación decida requerir la aportación de muestras previas, dichas muestras se presenten al mismo tiempo que la proposición en la fase de licitación (Sobre Nº 2 –Proposición económica y documentación y/o proposición técnica)...”.

En relación a esta cuestión, sobre anticipo de información de un sobre y sus efectos en la valoración de las ofertas, conviene considerar la doctrina de este Tribunal en lo referido a la anticipación del contenido de la oferta por un licitador, incluyendo en un fichero información que corresponde incorporar a otro. Hemos dicho (Resolución 1112/2019 de 7 de octubre) que *“(...) lo relevante no es el error en la documentación, sino que del mismo se haya producido una vulneración del secreto, es decir que un dato, hasta entonces desconocido y de influencia en la adjudicación, sea incluido en el sobre que no le corresponde; si el dato era ya conocido o su conocimiento a destiempo es irrelevante, no puede hablarse de vulneración del carácter secreto de las proposiciones con la grave consecuencia de excluir del procedimiento a uno de los licitadores. Todo ello exige la comprobación de que esa actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmulas». Así, debe analizarse que el error cometido no permita albergar duda alguna sobre la voluntad de la licitadora y, lo que es más importante y decisivo, que el error no impida al órgano de contratación evaluar las ofertas de forma objetiva como también se señaló en nuestra Resolución, 729/2016”.* El Tribunal ha considerado relevante (y, consiguientemente, ha entendido que se rompe el secreto de las proposiciones exigido en el artículo 129.2 de la LCSP), la anticipación de datos que permitan determinar la puntuación atribuible a un criterio de valoración con anterioridad al momento en que tal criterio deba ser valorado, entendiendo, en este caso, que esta información puede provocar una falta de imparcialidad y objetividad en el órgano de contratación al poder mediatizar su decisión (Resolución 1144/2021 de 9 de septiembre)

Así pues, este Tribunal entiende que el recurso interpuesto por aquella empresa no puede ser estimado por cuanto no existe vulneración del secreto de las proposiciones y es que como



señala el órgano de contratación, en el momento de acceder al contenido del archivo electrónico número 1, la mesa de contratación tiene acceso únicamente al ligamen entre el lema de la muestra y el licitador que la ha presentado, no teniéndolo en ningún caso a contenido técnico alguno del producto que el licitador va a presentar.

Asimismo, este secreto de la autoría de las muestras, y que enlaza con el principio de secreto de la oferta recogido en el artículo 139.2 de la LCSP viene recogido expresamente en la cláusula 18 del PCAP que establece que *“... Para salvaguardar la confidencialidad y objetividad de los resultados de los análisis, las muestras previas se presentarán identificadas, en una zona visible, con una clave que establecerá el propio licitador. La elección de dicha clave deberá evitar las referencias a nombres, lugares, cualidades o características que puedan ser relacionadas directa o indirectamente con el licitador...”*.

Hay que tener en cuenta, que los criterios de adjudicación del presente expediente vienen configurados como fórmulas matemáticas en función de las características técnicas que tiene el producto que se oferte, por lo que la información que puede aportar el resguardo de la muestra presentada, además de quedar garantizado el anonimato en su presentación y tener una información insuficiente para contaminar la valoración de las ofertas que se realice en su momento, es absolutamente irrelevante a la hora de realizar la citada valoración, ya que los valores técnicos (y también en la proposición económica) ofertados por los licitadores, tienen una puntuación predeterminada en las mencionadas fórmulas, no siendo comprometido en modo alguno el principio de no discriminación de licitadores.

En definitiva, analizadas las circunstancias concurrentes en el presente caso, entendemos que el hecho de que las muestras se presenten con anterioridad a la valoración técnica de las ofertas dado el anonimato de las mismas no compromete en ningún caso la objetividad del órgano de contratación en la evaluación de los criterios de adjudicación, cuya aplicación es absolutamente automática. Por ello, debe desestimarse el motivo de impugnación.

Séptimo. En tercer lugar, la mercantil actora denuncia a la mayor restricción de la competencia por tratarse de un Acuerdo Marco con una sola empresa con una duración de hasta 5 años. En concreto señala que *“en contraste con las adquisiciones anteriores de binoculares de visión nocturna realizadas por el Ministerio de Defensa, la presente licitación no tiene por objeto la adjudicación de un simple contrato de suministro (cuya ejecución finaliza*

con la entrega del material contratado), sino que nos encontramos ante la adjudicación de un Acuerdo Marco con un único adjudicatario con un valor estimado de 11.200.000 euros y con una duración potencial superior a 5 años (incluyendo posibles prórrogas, hasta el 31 de diciembre de 2028, según establece la cláusula 6 del PCAP).

Por tanto, la restricción de la competencia que resulta, en los términos expuestos, de las barreras establecidas para las empresas no españolas tiene unos efectos especialmente graves en esta licitación, pues durante la vigencia el Acuerdo Marco la competencia se verá obstaculizada y restringida, impidiendo la entrada en el mercado (y el suministro) de nuevos dispositivos y tecnologías más avanzadas y/o a menor precio. En este sentido, cabe recordar que el artículo 53 de la LCSPDS establece que “los poderes adjudicadores y los órganos de contratación no podrán recurrir a los acuerdos marco de manera abusiva o de manera que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada”.

(...) En consecuencia, es imprescindible que en la presente licitación se garantice que todos los licitadores de la UE puedan participar en condiciones de absoluta igualdad pues, en otro caso, se producirá de facto –o, más bien, se perpetuará– una situación de monopolio a favor del único proveedor español con capacidad y solvencia para ejecutar el contrato (NIGHTVISION LASERS SPAIN, S.L.U. –“NVLS”–), que ha venido siendo el adjudicatario de contratos similares en todos los expedientes anteriores”.

El órgano de contratación, por su parte, señala que: “Hay que partir de la premisa de que el plazo máximo para los acuerdos marco establecido por el artículo 53 de la LCSPDS es de 7 años y no de 5; por lo que este órgano de contratación podría haber puesto como fecha final de la prestación cualquiera a finales de 2030 (o incluso una superior, si hubiera introducido una condición suspensiva de plazo, debido al tiempo de tramitación de la licitación del expediente; de forma que el contrato comenzara a ejecutarse en una fecha indeterminada teniendo en cuenta la licitación del expediente). No obstante, no lo ha hecho; señalando como última fecha posible de vigencia del contrato el 31 de diciembre de 2028, contando la prórroga prevista en la documentación que regula el expediente.

Y no lo ha hecho precisamente con el objeto de conjugar el principio de libre competencia en futuras licitaciones con los principios de necesidad e idoneidad del contrato, así como el de eficiencia. No hay que perder de vista que la prestación del presente expediente es la

adquisición de binoculares de visión nocturna, que es material que va a ser destinado a la defensa nacional y que en consecuencia, debe tener una determinada calidad (en este caso, reflejada en el PPT regulador del expediente) ya que va a ser utilizado en zona de operaciones y en escenarios en los que están en juego los derechos a la vida y a la integridad física de los miembros de las Fuerzas Armadas que participan en las mismas.

No puede obviarse la situación contemplada en el párrafo anterior, de forma que la duración del expediente ha sido determinada por la necesidad de homogeneidad del material a largo plazo, ya que este órgano de contratación no quiere correr el riesgo de que una nueva licitación tras la finalización del contrato, obligue a la celebración de un nuevo contrato con un nuevo contratista que haya ofertado un material de características técnicas diferentes, dando lugar a dificultades técnicas de uso, formación e instrucción de empleo y mantenimiento; viéndose comprometida la operatividad de los efectivos en determinados escenarios por falta de interoperabilidad del material adquirido mediante el nuevo contrato respecto del material adquirido tras la ejecución del contrato que se celebrará tras la licitación del presente expediente.”

Lo alegado por el recurrente en este punto debe tener igual suerte desestimatoria que las anteriores. En efecto, si el motivo de la impugnación de los pliegos con base en este motivo viene dado por la argumentación ofrecida por la parte actora por su condición de empresa nacional de un estado miembro de la Unión Europea y la necesidad de contar con la correspondiente licencia de transferencia, no podemos más que remitirnos a lo expuesto en fundamento jurídico quinto de esta resolución para concluir en la desestimación de esta alegación.

Si ello, la mercantil recurrente lo anuda a que el Acuerdo Marco restringe la competencia por tener una duración de hasta 5 años, debemos igualmente rechazar el motivo de impugnación puesto que dicho plazo entra dentro del plazo legal que para este caso concreto prevé el artículo 53.4 de la LCSPDS al señalar que:

“4. La duración de un acuerdo marco no podrá superar los siete años, salvo que concurren circunstancias excepcionales que se determinarán teniendo en cuenta la vida útil esperada de los artículos, instalaciones o sistemas a entregar y las dificultades técnicas que pueda

ocasionar un cambio de proveedor. Tales circunstancias deberán justificarse adecuadamente en el anuncio de licitación”.

Adicionalmente, las razones del órgano de contratación, expuestas anteriormente, ponen de manifiesto su pretensión, dentro de los límites legales antes expuestos, de fomentar la concurrencia sin por ello desatender las necesidades operativas de las FAS, con razones plenamente acogibles.

En consecuencia, debe desestimarse este motivo de impugnación.

Octavo. Finalmente, la parte actora interesa que se declare la nulidad de los criterios de adjudicación de naturaleza técnica, por limitar artificialmente la competencia al reproducir características claves que, en su conjunto, son exclusivas de un licitador. Así, afirma que “el Órgano de Contratación ha definido algunos de los criterios de adjudicación de manera claramente discriminatoria y sesgada, refiriéndose específicamente a características esenciales que, en su conjunto, son exclusivas de los binoculares de visión nocturna suministrados por un operador concreto (NVLS). De este modo, el único licitador que podrá cumplir todos los criterios técnicos –obteniendo la puntuación más elevada en cada uno de ellos– es NVLS, lo que, de facto, prejuzga o condiciona la adjudicación del Acuerdo Marco a su favor, imposibilitando que otros licitadores puedan resultar adjudicatarios del Acuerdo Marco (...)”

Ello es así hasta el punto de que, si un criterio de adjudicación se refiere características exclusivas de un empresario, dicho criterio se convierte en una verdadera prescripción técnica de carácter excluyente y, por tanto, en un obstáculo insalvable para la competencia (en este sentido, la Resolución 229/2012, de 24 de octubre de 2012, del TACRC). En virtud de lo anterior, la definición de los criterios de adjudicación –de manera individual o globalmente considerados– mediante la referencia a características técnicas propias de un licitador que excluyan a todas las demás ofertas representa una clara infracción del principio de igualdad y produce el efecto de prejuzgar o predeterminar la adjudicación en favor de un operador económico... el Órgano de Contratación ha omitido la inclusión y valoración de otros criterios de gran importancia que definen la resolución global del sistema y su capacidad para proporcionar una imagen nocturna nítida y clara a sus usuarios, permitiéndoles detectar objetos lo más lejos posible y discernir detalles en el campo de operaciones que podrían

significar la diferencia entre la vida y la muerte. Aunque este concepto se desarrolla más adelante, son precisamente estos parámetros clave de rendimiento (alcance DRI y resolución global del sistema) los que están obligando a los demás grandes fabricantes de visores nocturnos a encontrar el equilibrio adecuado entre los criterios de adjudicación impugnados y las prestaciones que no se incluyó como criterios de adjudicación en la licitación...”.

Posteriormente, realiza un análisis de los siguientes criterios de adjudicación, y de por qué a su juicio, benefician indebidamente a la mercantil NIGHTVISION LASERS SPAIN, S.L.U. los criterios de adjudicación referidos a los siguientes elementos técnicos de los binoculares:

- 1) Diámetro del tubo.
- 2) Campo de visión.
- 3) Tipo de carcasa.
- 4) Longitud.

Así, termina concluyendo que “... En definitiva, los criterios de adjudicación definidos en el PCAP favorecen extraordinariamente, en su conjunto, a NVLS, al valorar y reproducir, de forma acumulativa, características propias y exclusivas de su equipo Minimus Bino 50, lo que representa una clara infracción del principio de igualdad y produce el efecto insalvable de predeterminar la adjudicación del contrato en favor de NVLS. A efectos justificativos, mostramos en las dos tablas que se adjuntan abajo cómo la ventaja que dan estos criterios de adjudicación a NVLS son insalvables por parte de los principales fabricantes de binoculares a nivel mundial —independientemente de que oferten unos binoculares con un TII de 16mm como de 18 mm para competir con el equipo Minimus Bino 50 (que es el único a nivel mundial que cuenta con un TII de 16 mm, FOV de 50º, carcasa metálica y longitud inferior a 92 mm)— ... A la vista de lo anterior, es incuestionable que la definición de los criterios de adjudicación arriba expuestos — diámetro del tubo; campo de visión; tipo de carcasa; y longitud del binocular— reproducen características claves del equipo Minimus Bino 50 de NVLS y han sido definidos de tal manera que confieren a NVLS, en su conjunto, una ventaja competitiva insalvable, predeterminando la adjudicación del Acuerdo Marco a su favor. Como hemos dicho, esta ventaja competitiva es insalvable por cualquier fabricante (a nivel mundial) de



binoculares de visión nocturna, pues los Pliegos valoran unas especificaciones que, en su conjunto, solo pueden cumplirse por NVLS.

En definitiva, el diseño de los criterios de adjudicación establecidos en el PCAP y la inusual baja ponderación relativa que se otorga al precio en esta licitación (40%) predeterminan la adjudicación del Acuerdo Marco a favor de NVLS, haciendo imposible que cualquier otro licitador pueda remontar la diferencia de puntos que las especificaciones técnicas otorgan a NVLS...”

Noveno. Para la resolución de este último motivo de impugnación, es necesario comenzar por poner de manifiesto que el artículo 126.1 de la LCSP prevé que *“las prescripciones técnicas a que se refieren los artículos 123 y 124 (en los contratos de suministro como el que nos ocupa, todas aquellas especificaciones que definan las características exigidas al producto de que se trate, de acuerdo con el art. 125.1.b) del texto legal), proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia”*.

Este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha establecido una reiterada doctrina acerca del ámbito de discrecionalidad, si bien con ciertas limitaciones, que corresponde a la Administración para la elaboración de los Pliegos de Prescripciones Técnicas y, en el marco de los mismos, para la definición de las características técnicas que deben reunir los productos o servicios que constituyen el objeto de los contratos que licita, a fin de dar debida satisfacción a las necesidades existentes y a los intereses públicos que les están encomendados. A este respecto pueden citarse, a título de ejemplo, las siguientes Resoluciones:

- Resolución nº 1603/2021, de 12 de noviembre de 2021 (Recurso nº 1415/2021):

“En este punto, recordamos la doctrina del Tribunal acerca de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación a la hora de determinar el objeto del contrato, citando por todas la Resolución nº 805/2020: «“Por ello, como ha reconocido este Tribunal en las Resoluciones, 156/2013, de 18 de abril y 194/2013, de 23 de mayo, la pretensión del recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él.

‘Si bien reconocíamos también la necesidad de que ‘el órgano de contratación justifique de forma objetiva y razonable la idoneidad de las especificaciones para cubrir las necesidades objeto del contrato y su necesidad’. A la vista de lo anterior, gozando el órgano administrativo de discrecionalidad técnica para elegir los criterios que mejor se adapten a las necesidades a satisfacer, nuestra competencia sólo nos permite anular los criterios valorativos ligados a las especificaciones técnicas definitorias del objeto a suministrar si se incurre en infracción de ordenamiento jurídico, o en patente error o desviación de poder, de modo que dichas características resulten patentemente inidóneas —no relacionadas con el objeto del contrato— o irrazonables y desproporcionadas’.

A la vista de esta doctrina, considera este Tribunal que la definición del objeto del suministro y las especificaciones técnicas que en concreto deben reunir los contadores, forman parte de la discrecionalidad técnica que compete al órgano de contratación, a fin de dar cumplimiento de manera satisfactoria el objeto del contrato, sin que a juicio de este Tribunal ésta resulte irrazonable y desproporcionada.

Tampoco se aprecia, ni se prueba por el recurrente la pretendida limitación de la concurrencia: como indica el órgano de contratación, en ningún punto del expediente se hace mención a ninguna marca ni modelo de contador. Así, en el informe técnico se indica que: (...)

A juicio de este Tribunal, la argumentación dada por el órgano de contratación es suficiente para entender que obra dentro del margen de discrecionalidad que permite la ley, sin que ningún dato permita acreditar la vulneración al principio de libre concurrencia, más allá de la impresión de la empresa recurrente.

Aplicando la doctrina fijada por este Tribunal en interpretación de lo previsto en el artículo 126 de la LCSP ha de conducir, en el presente caso, a la desestimación de este concreto motivo de impugnación por los siguientes motivos:

En primer lugar, conocida es la doctrina consolidada de este Tribunal en el sentido de que el órgano de contratación goza de discrecionalidad técnica para el establecimiento de las especificaciones técnicas que deben cumplir los productos que han de ser suministrados, a fin de garantizar la debida satisfacción de las necesidades existentes. También hemos declarado que el establecimiento de esas especificaciones ha de realizarse de forma objetiva y razonable, de modo que quede acreditada la idoneidad de su exigencia para la adecuada

satisfacción de las necesidades objeto del contrato, sin que en ningún caso pueda incurrirse en infracción de ordenamiento jurídico, o en patente error o desviación de poder, como ocurriría si se establecieran especificaciones manifiestamente inidóneas por no estar relacionadas con el objeto del contrato o ser irrazonables y desproporcionadas.

En el caso que nos ocupa, en el informe emitido por el órgano de contratación y remitido a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en cumplimiento de lo previsto en el artículo 56.2 de la LCSP así se ha puesto de manifiesto por remisión al informe de la Sección Técnica que se acompaña como Documento 2 y que ha plasmado la necesidad del producto que se pretende contratar dándose sus manifestaciones por reproducidas.

En segundo lugar, pese que la sociedad recurrente defiende que las características exigidas como criterios de adjudicación llevan a la predeterminación de la adjudicación a favor de una única empresa, lo cual, implica una vulneración de la libre concurrencia y libre competencia, lo cierto es que, en el recurso no se prueba por la parte recurrente la pretendida limitación de la concurrencia: por otro lado, en ningún punto del expediente de contratación se hace mención a ninguna marca ni modelo. La actora no ha aportado la más mínima prueba consistente en un estudio de mercado del producto que es objeto del expediente en dicho sentido.

Y, en tercer lugar y no por ello de menor importancia, debe hacerse notar que los elementos técnicos que pone en duda la mercantil actora no son especificaciones técnicas mínimas que deben cumplir los licitadores, sino que dichos criterios están recogidos y desarrollados en el PCAP como criterios de adjudicación, siendo éstos de valoración automática. Parece así que la actora confunde los criterios de adjudicación con las prestaciones mínimas de la prestación que se pretende adquirir que vienen recogidas en el PPT, ya que si la oferta presentada por la empresa demandante cumple todos los requisitos mínimos del binocular, ésta será admitida con independencia de si cumple o no los requisitos deseables recogidos en la cláusula 8 del PCAP, de forma que éstos únicamente van a ser objeto de valoración, teniendo su incumplimiento únicamente reflejo en la puntuación de la oferta presentada.

En definitiva, no puede considerarse contrario a la libre concurrencia el establecimiento de prescripciones técnicas que se ajusten a las necesidades del órgano de contratación y que



como tales se justifiquen como sucede en el presente caso. Por lo que debe desestimarse el recurso interpuesto.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. E.R.A., en representación de THEON SENSORS S.A., contra los pliegos del procedimiento “*Adquisición De Binoculares De Visión Nocturna*”, con expediente 2023/ETSAE0906/00001494E, convocado por la Jefatura de Asuntos Económicos del Mando de Apoyo Logístico del Ejército de Tierra

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

Tercero. Declarar 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 multa prevista en el artículo 58 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.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES