



Recurso nº 1372/2023

Resolución nº 1464/2023

Sección 1ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 8 de noviembre de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.E.M. en representación de NEW TECHNOLOGIES GLOBAL SYSTEMS, S.L., contra el anuncio de licitación por procedimiento negociado sin publicidad del contrato “*Adquisición de sistemas de morteros sobre vehículos*”, expediente 2023/ETSAE0906/00002431E convocado por la Jefatura de Asuntos Económicos del Mando de Apoyo Logístico del Ejército de Tierra, Ministerio de Defensa, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Jefatura de Asuntos Económicos del Mando de Apoyo Logístico del Ejército de Tierra, Ministerio de Defensa ha tramitado, por el procedimiento negociado sin publicidad ex. Art. 44.2.e) Ley 24/2011, la licitación del contrato de suministro para la “*adquisición de sistemas de morteros sobre vehículos*”, en el ámbito de la defensa y la seguridad. Expediente 2023/ETSAE0906/00002431E.

El valor estimado del contrato es de 8.264.460 euros, por lo que está sujeto a regulación armonizada.

La licitación no está dividida en lotes y, al elegirse el procedimiento negociado sin publicidad, no hubo publicación de anuncio de licitación, como tampoco se publicaron los pliegos del contrato.

Segundo. La licitación se ajusta a lo dispuesto en la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y la Seguridad, (en adelante



LCSPDS) –norma que incorpora la Directiva Comunitaria 2009/81/CE del Parlamento y del Consejo de 13 de julio de 2009 al ordenamiento español- y se regirá por lo dispuesto en la misma y en cuando a las dudas y lagunas que pudieran presentarse, por 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 (en adelante LCSP).

El procedimiento de recurso también se rige por 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).

Tercero. El 21 de septiembre de 2023, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACE), por el Ministerio de Defensa, solicitud de oferta para el contrato de suministro indicado, que fue remitida a la empresa EXPAL SYSTEMS, S.A.

Según la solicitud de oferta publicada en la PLACE, el plazo para su presentación vencía el 3 de octubre de 2023, a las 12:00 horas. Posteriormente, el plazo fue ampliado hasta el 31 de octubre de 2023 a las 12:00 horas, documentos nº 21 y 22 EA.

Conforme al documento nº 3 sí que ha presentado oferta la empresa invitada, EXPAL SYSTEMS, S.A.

Cuarto. El 4 de octubre 2023, tiene entrada en el Registro Electrónico General de la Administración General del Estado, recurso especial en materia de contratación, interpuesto por la ahora recurrente contra *“la apertura del procedimiento de licitación, y en sus méritos, declare la nulidad de pleno Derecho del Anuncio de Licitación y de la subyacente resolución del órgano de contratación sobre la selección del procedimiento negociado sin publicidad”*.

Si bien la recurrente reconoce que no se ha procedido a publicar anuncio alguno, al encontrarnos ante una licitación tramitada por medio del procedimiento negociado sin publicidad, sostiene que tiene interés legítimo para impugnar la licitación porque, a su juicio,



se ha hecho un uso inadecuado del procedimiento negociado sin publicidad, a tenor del artículo 44 de la Ley 24/2011.

En este sentido, considera que no concurren los supuestos de hecho previstos en el Art. 44.2 Ley 24/2011 y, en particular, no estaríamos, a su juicio, ante un caso en el que, por razones técnicas, *“relacionadas con la protección de derechos de exclusividad, de conformidad con el mencionado Artículo 44. 2 e) de la LCSPDS, el contrato sólo puede adjudicarse a la empresa co-propietaria junto al Ministerio de Defensa de los derechos sobre la tecnología a emplear, desarrollada en un programa I+D promovido por la Dirección General de Armamento y Material del MINISDEF”*. Aporta un documento que vendría a acreditar, en su opinión, que la patente no es compartida por el Ministerio de Defensa.

Añade que no se ha motivado suficientemente la elección de este procedimiento por el órgano de contratación, lo que genera indefensión a las posibles licitadoras, pues *“la sucinta respuesta en dos párrafos de la contestación a NGTS que se limita a citar la legislación vigente, y no concreta los “derechos exclusivos” que pretende proteger, ni siquiera el contrato del que proceden, no provee a los competidores en el mercado con la justificación y motivación que justifiquen la limitación de derechos de empresas como NTGS, produciéndose con ello una evidente indefensión”*.

Ligado a lo anterior, considera producida una vulneración del principio de libre concurrencia, con cita de diversas resoluciones de este y otros tribunales. Según la recurrente, *“el uso indebido del procedimiento negociado sin publicidad ha supuesto que algunos posibles licitadores que hubiesen considerado presentarse a una licitación pública en la que cumpliesen con todos los requisitos económicos y técnicos exigidos (como es el caso de NTGS), no han presentado sus ofertas, resultando todo ello en un perjuicio tanto para los participantes en el mercado, como para la Administración (que podría haber escogido una oferta mejor, de haber existido)”*.

Y, por último, estima infringidos los principios de igualdad, falta de proporcionalidad y abuso de discrecionalidad por el órgano de contratación. En particular, sostiene que se *“ha actuado excluyendo la participación de licitadores en el Concurso no sólo sin justificación suficiente, y actuando de manera totalmente desproporcionada, sino ignorando (sin excusa*



posible) el DDV del SEDEF previamente citado que, en 2018, ya reconoció a varias empresas (entre ellas, NTGS), la capacidad de desarrollo de sistemas de mortero embarcado y sus subsistemas". Y concluye que "existe una falta total de fundamento fáctico y jurídico en la licitación recurrida, así como un impacto potencial económico futuro muy elevado para los operadores del mercado español de defensa y, en particular, de los fabricantes nacionales de morteros embarcados, de proseguir esta licitación justificada con los argumentos y requisitos invocados para la utilización del procedimiento negociado sin publicidad en base a la exclusividad por razones técnicas, ya que conllevaría necesariamente a la adjudicación a la misma empresa de todo el programa de obtención de morteros embarcados, cuyo alcance pudiera superar los 875 millones de Euros (importe muy superior a la licitación ahora recurrida)".

Quinto. De acuerdo con lo previsto en el artículo 56.2 LCSP se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido éste acompañado del correspondiente informe.

En dicho informe, el órgano de contratación solicita la inadmisión del recurso, por considerar que el mismo carece de objeto, en la medida en que no existe un anuncio de licitación que pueda ser impugnado, dado que nos encontramos ante un procedimiento negociado sin publicidad.

Subsidiariamente, solicita su desestimación por entender que la decisión por la que ha optado la Administración está amparada en el principio de discrecionalidad técnica, con cita de diversas resoluciones de este Tribunal.

Además, se apoya en un informe técnico sobre el objeto del contrato, que señala que *"Esta necesidad se define en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), de una manera más técnica y concreta; y además se justifica en el Informe Justificativo de la Necesidad (IJN) que emite el Excmo. Sr. General Director de Adquisiciones. Empezando por este último documento (IJN), se indica en el mismo explícitamente que lo que se pretende es cubrir una necesidad de un elemento productor de fuego que permita un tiro inmediato y una salida de posición inmediata (entendiendo como inmediata, en ambos casos, lo más rápida posible). Además, se especifica que se está tratando el caso de los morteros medios... De*



estos documentos se puede concluir lo que se pretende adquirir es un sistema de mortero MEDIO (81 milímetros), que permita un disparo, en cualquier dirección sin mover el vehículo, y salida de posición lo más rápidamente posible...”.

Rechaza, también, las alegaciones sobre falta de motivación, remitiéndose al documento nº16 del EA; que contiene un informe previo a la orden de proceder, así como a la memoria justificativa del procedimiento y de los criterios de negociación que constan en el expediente como documento nº10; de igual modo, es el documento nº 6 del expediente el que contiene la Patente con número y fecha de publicación 2 351 448 y 15 de marzo de 2012, que justifica las razones técnicas, así como su relación con la protección de derechos de exclusividad para la justificación del procedimiento negociado sin publicidad al amparo del artículo 44.2.e) de la LCSPDS. Se alude, además, al Dictamen emitido por el Comandante del Cuerpo de Ingenieros Politécnicos acerca de la exclusividad de la mercantil con la que se propone el procedimiento negociado sin publicidad que consta como documento nº 7 en el expediente.

Con fundamento en éstos y otros documentos del expediente, el órgano concluye que *“a la vista de la transcripción de los fragmentos de documentación que constan en el expediente, este órgano de contratación considera que la motivación existente en el expediente es más que suficiente para justificar la existencia del supuesto de hecho del procedimiento negociado sin publicidad recogido en el artículo 44.2.e) de la LCSPDS”.*

Solicita la imposición de una multa de 5.000 € a la recurrente, por mala fe en la interposición del recurso.

Sexto. En fecha 9 de octubre de 2023, la Secretaría de esta Tribunal dio traslado del recurso al resto de licitadores concediéndoles el plazo de 5 días a fin de que, si lo estimasen oportuno presentasen alegaciones, habiendo evacuado dicho trámite EXPAL SYSTEMS, S.A., interesando la desestimación del recurso.

Séptimo. El 11 de octubre de 2023 la Secretaria del Tribunal, por delegación de este, resolvió la concesión de la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, 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 conocer del mismo a tenor de lo establecido en el art. 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, y 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC).

Segundo. El recurso se interpone en la licitación de un contrato de suministro, cuyo valor estimado es de 8.264.460 euros, IVA excluido, sujeto a regulación armonizada, por lo que el mismo es susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo Art. 59 Ley 24/2011, y Art. 44 y ss. LCSP.

En cuanto al acto recurrido, el recurso se interpone contra el anuncio de un contrato licitado por el procedimiento negociado sin publicidad, susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme a los artículos 59.4 de la Ley 24/2011, y 44.2.a) de la LCSP.

Tercero. La recurrente ostenta un interés legítimo para la interposición del recurso, conforme al artículo 48 de la LCSP, puesto que considera que su producto, denominado ALAKRAN, es equivalente al de la empresa EXPAL SYSTEMS, S.A., y que la licitación debería abrirse a la concurrencia.

Cuarto. El anuncio se publicó el día 25 de septiembre de 2023, por lo que el recurso presentado el día 4 de octubre ha sido interpuesto dentro del plazo de 15 días hábiles, y con las formalidades establecidas (artículo 50 LCSP).

Quinto. Expuestas las posiciones de las partes, pasamos a resolver el fondo del asunto.

Alega la recurrente falta de motivación de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad.



Este motivo de recurso debe ser desestimado pues, como se ha descrito en los antecedentes de esta Resolución, existen diferentes documentos en el expediente que explican las razones técnicas que llevan a la necesidad de elegir el producto de la empresa EXPAL. El informe de la Subdirección General de Contratación (documento 16 EA), la memoria justificativa del procedimiento (documento 10), la patente existente (documento 6), y el informe emitido por la Sección Técnica sobre la necesidad del contrato (documento 2).

En contestación a un correo electrónico remitido por la recurrente, el órgano de contratación le informó de que, por razones técnicas relacionadas con la protección de derechos de exclusividad, el contrato sólo podía ser adjudicado a la empresa copropietaria, junto al Ministerio de Defensa, de los derechos sobre la tecnología a emplear, desarrollada en un programa de I+D promovido por la Dirección General de Armamento y Material del Ministerio de Defensa.

Sexto. En cuanto a la suficiencia de los motivos que han llevado al órgano de contratación a aplicar el procedimiento negociado sin publicidad, por razones técnicas de protección de los derechos exclusivos (artículo 44.2.e) de la LCSPDS), la recurrente alega i) que su producto ALAKRAN es compatible con las condiciones requeridas por el Ejército español, presentando algunas ventajas diferenciales en la seguridad de los sirvientes, y en las capacidades operativas, aportando una tabla comparativa de las características de uno y otro producto (EIMOS, y ALAKRAN), ii) que ha realizado ensayos de su producto con resultados satisfactorios, iii) que la propiedad de la patente no es compartida con el Ministerio de Defensa, en base a lo que publica la web de la OEPM, iv) que el órgano de contratación debería comprobar si existen sistemas de morteros más modernos, que tengan mejores prestaciones, por lo que el procedimiento abierto sería el idóneo, v) que su producto es más barato, técnicamente superior a otros sistemas, y tácticamente más seguro.

Como se indica en el informe al recurso, y deriva de los documentos que forman parte del expediente, el sistema ALAKRAN de la empresa recurrente no es equivalente al que se pretende contratar, ya que precisa apoyar el arma en el suelo, con lo que se limita el sector de tiro, y es menos rápido y operativo. El sistema patentado por la empresa EXPAL (y, por



tanto, protegido por derechos exclusivos), permite realizar el tiro sobre el vehículo, sin necesidad de tener que desplegar estabilizadores o apoyos suplementarios, permitiendo el fuego en cualquier dirección, lo que favorece su rapidez. Que, si bien la Ley Orgánica 9/2011 impone la obligación de velar por la seguridad del personal de las Fuerzas Armadas, esta normativa no aplica a las actividades de combate. El sistema EIMOS no supone ningún peligro adicional que no exista en el sistema ALAKRAN.

En definitiva, el órgano de contratación considera que el sistema ALAKRAN no cumple los requisitos de:

“-Posibilidad de fuego desde la plataforma, lo que implica una mayor rapidez en la ejecución del mismo y en la salida de posición.

- Posibilidad de tiro en los 360º. Esto incluye tiro por la parte delantera del vehículo, lo que permite parar, apuntar, cargar y disparar. En el caso del ALAKRAN se ha de parar, girar vehículo para orientar la parte trasera del vehículo al objetivo, asentar mortero, cargar, y disparar. Para salir de posición el EIMOS ha de iniciar marcha tras el disparo, en cambio el ALAKRAN, ha de “subir” el mortero, e iniciar marcha, normalmente dando media vuelta puesto que esta la plataforma en sentido contrario del objetivo”.

El órgano de contratación goza de discrecionalidad técnica para definir las necesidades a cubrir con el contrato, y la forma de hacerlo, no considerando el Tribunal que la presente decisión sea manifiestamente errónea, o arbitraria.

Estando justificada la necesidad, y siendo la empresa EXPAL la única que puede satisfacerla, por razones técnicas de protección de derechos exclusivos, ya que cuenta, además, con una patente inscrita en la OEPM, se considera ajustada a Derecho la elección del procedimiento negociado sin publicidad, conforme al artículo 44.2.e) de la LCSPDS, por lo que el recurso debe ser desestimado.

Séptimo. Solicita el órgano de contratación la imposición de una multa de 5.000 € a la recurrente, por mala fe, ex artículo 58 de la LCSP. Alega que la Resolución 1216/2023 de este Tribunal ya desestimó un recurso de esta misma empresa, con los mismos argumentos, y que la empresa recurrente es conocedora de que su producto no se ajusta



a las necesidades del Ministerio de Defensa. Que el recurso ha sido interpuesto a sabiendas de que su pretensión es injusta.

El órgano de contratación no motiva numéricamente, con cálculos, las razones por las que estima que la multa debe ascender a 5.000 €. El Tribunal no considera admisible que para valorar el importe de la multa a imponer deba tenerse en cuenta el coste de oportunidad de los oficiales que han participado en la redacción del informe al recurso.

Por otro lado, la Resolución 1216/2023 desestimó el Recurso 1151/2023, interpuesto por la empresa recurrente NTGS por considerar incorrectamente aplicado el procedimiento negociado sin publicidad por parte de la Armada, para la instalación en sus vehículos de este mismo sistema de morteros de la empresa EXPAL. Esta resolución fue notificada el día 29 de septiembre de 2023, habiéndose interpuesto el presente Recurso 1372/2023 el día 4 de octubre de 2023, es decir, con pleno conocimiento del parecer de este Tribunal.

No obstante, la empresa recurrente alega diferencias entre este procedimiento, y el que fue objeto del Recurso 1151/2023:

“Si bien es cierto que, en el anterior recurso respecto del “Acuerdo Marco Adquisición sistemas DUAL-EIMOS” de la Armada, el argumento que justificó la resolución del Tribunal, ahora en este procedimiento, el órgano de contratación del MALE no estaría facultado para usar este argumento por las siguientes razones:

(i) Entendemos que el Ejército de Tierra no dispone en inventario del sistema DUAL-Eimos y que los únicos sistemas son los morteros CARDOM de fabricación israelí (montados sobre VAMTAC) adquiridos en 2011 y, por lo tanto, no cabría alegar que el Ejército de Tierra habría invertido no sólo recursos económicos destinados a su adquisición, sino también al adiestramiento y utilización del sistema “Dual-EIMOS”.

(ii) Sin embargo, lo prioritario para el Ejército de Tierra debería ser poder dotarse de sistemas actuales, por lo que, además, del sistema del que dice tener parte de la propiedad, debe comprobar si existe algún otro sistema más moderno que tenga mejores prestaciones, por lo que el concurso debe permitir la presentación de otras empresas y no solo de EXPAL.



De todo lo anterior, se deduce que la Administración, en el Concurso que nos ocupa, se ha limitado a indicar el número de artículo (44) de la Ley Página 27 de 38 24/2011 en el que supuestamente se encuentra el caso motivador del uso del procedimiento negociado sin publicidad”.

En definitiva, la empresa recurrente no ha ocultado que es conocedora de nuestra anterior resolución desestimatoria, alegando diferencias entre este procedimiento y el anterior de la Armada.

Se considera que la empresa NTGS interpone el recurso en defensa de sus legítimos intereses, por considerar que su producto es equivalente al solicitado, no apreciándose mala fe en su presentación.

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. J.E.M. en representación de NEW TECHNOLOGIES GLOBAL SYSTEMS, S.L., contra el anuncio de licitación por procedimiento negociado sin publicidad del contrato “*Adquisición de sistemas de morteros sobre vehículos*”, expediente 2023/ETSAE0906/00002431E convocado por la Jefatura de Asuntos Económicos del Mando de Apoyo Logístico del Ejército de Tierra, Ministerio de Defensa.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento, conforme al 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 dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción



de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES