



Recurso nº 777/2024

Resolución nº 914/2024

Sección 1ª

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

En Madrid, a 18 de julio de 2024.

VISTO el recurso interpuesto por D. E.R.A., en representación de THEON SENSORS S.A., contra la adjudicación 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, tramitado por procedimiento negociado con publicidad, 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. 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. Vencido el cual, se presentaron a la licitación las siguientes empresas:

- THEON SENSORS S.A.
- NIGHTVISION LASERS SPAIN, S.L.

Quinto. Tras la oportuna tramitación del procedimiento de licitación, éste concluyó con la Resolución de la Adjudicación de fecha 23 de mayo de 2024 a favor de Nightvision Lasers Spain S.L. que fue notificada a los interesados y anunciada en la misma fecha.

Sexto. Contra el citado acuerdo de adjudicación, 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 13 de junio de 2024.

Séptimo. El 24 de junio de 2024, por la Secretaría de este Tribunal se ha dado traslado del recurso al único interesado que resulta ser el adjudicatario del contrato, a fin de que si lo estimara conveniente presentara en el plazo de 5 días las alegaciones que a su derecho estimaran oportunas; habiendo presentado escrito en el que oponiéndose al recurso interesa la desestimación del mismo.

Octavo. Con fecha 28 de junio de 2024 la Secretaria General del Tribunal, por delegación de éste, acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la 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. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con el artículo 45 de la LCSP y 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) 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 LCSPDS en relación con el artículo 44.1.a) LCSP al tratarse de un acuerdo marco de suministros de un valor superior a 100.000 euros.

En cuanto al acto recurrido objeto del recurso, en este caso es el acuerdo de adjudicación conforme al artículo 44.2.c) 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 ha interpuesto el 13 de junio de 2024, habiéndose notificado el acuerdo de adjudicación el 23 de mayo, por lo que ha sido interpuesto en plazo.

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

1. La empresa adjudicataria, NVLS, debió ser excluida por no cumplir con el requisito previo de contar con un plan de igualdad estando incurso en prohibición de contratar ex artículo 71.1.d) LCSP.

Relacionado con lo anterior, la entidad actora subraya que al haber presentado NVLS una declaración responsable en la que certifica que emplea a 50 o más trabajadores y que cumple tanto con la obligación legal de contar con un 2% de trabajadores con discapacidad, específicamente, con la obligación de contar y aplicar un plan de igualdad en cumplimiento de lo establecido en la LO 3/2007; resulta evidente que, de confirmarse el supuesto plan de igualdad no ha sido inscrito en el REGCON, NVLS habría realizado una declaración que debería reputarse falsa, lo que determinaría su exclusión al amparo de lo dispuesto en los artículos 71.1.e) de la LCSP y 69.4 de la LCSP.



2. En segundo lugar, la recurrente defiende que la mercantil adjudicataria, NVLS incurre en una serie de incumplimientos de los requerimientos técnicos mínimos exigidos por el Pliego de Prescripciones Técnicas ("PPT") que determinan su exclusión, a saber:

a. Incumplimiento de la especificación técnica RE-16 «temperatura de operación de los binoculares»: el binocular de NVLS no es operable en la zona climática C3 bajo condiciones de temperaturas extremas hasta -51°C.

b. Incumplimiento de las especificaciones técnicas de los accesorios del binocular: las tapas de las lentes oculares del equipo de NVLS no son verdaderas tapas y no están (ni pueden estar) fijadas en el cuerpo del binocular

c. Incumplimiento de la especificación técnica RE-07: el sistema de NVLS no proporciona de manera inequívoca información sobre el estado de batería baja.

3. En tercer lugar, la recurrente alega que NVLS debió ser excluida por haber omitido la entrega de un elemento obligatorio que debió proporcionar con la muestra previa del binocular, incumpliendo con ello la obligación de entregar una muestra completa como "requisito indispensable para proceder a la apertura de la proposición económica y técnica, conforme a lo dispuesto en el PPT", según establece la cláusula 18 del PCAP.

4. Por último, la mercantil recurrente sostiene que el Órgano de Contratación ha infringido las reglas establecidas en la cláusula 14 del PCAP sobre la negociación del contrato, singularmente, en lo que se refiere a la información que el Órgano de Contratación podía compartir con los licitadores, vulnerando con ello lo establecido en el artículo 47.1 de la LCSPDS.

Por su parte, el órgano de contratación en el informe evacuado con ocasión del presente recurso se opone al mismo interesando su íntegra desestimación.

Quinto. Expuestos en estos términos las alegaciones de la actora, debemos comenzar por la primera de ellas. Así, la actora afirma que la Resolución de Adjudicación incurre, en primer lugar, en causa de nulidad de pleno de derecho ex artículo 39.2.a) de la LCSP dado que NVLS se encuentra incurso en la prohibición de contratar establecida en el artículo 71.1.d) de la LCSP, relativa al cumplimiento de la obligación de contar con un



plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres.

Afirma la actora que conforme a lo establecido en el PCAP, los licitadores no solo debían presentar una simple declaración general (y genérica) sobre la ausencia de prohibiciones de contratar — conforme a lo requerido en la cláusula 12 y en el Anexo IX del PCAP, que hace las veces de DEUC en esta licitación—, sino que, además, se requiere cumplir y declarar —en un sentido positivo, mediante la presentación de una declaración específica— el cumplimiento de la obligación de contar con un plan de igualdad con el alcance y contenido establecido en la LO 3/2007.

La recurrente reconoce que NVLS presentó como parte de la documentación administrativa del Sobre Nº 1, la declaración responsable relativa al cumplimiento de las obligaciones de naturaleza laboral conforme al modelo del Anexo II del PCAP, declarando, en lo que aquí interesa, que NVLS emplea a 50 o más trabajadores y que cumple tanto con la obligación de contar con un 2% de trabajadores con discapacidad, como, específicamente, con la obligación de contar y aplicar un plan de igualdad en cumplimiento de lo establecido en la LO 3/2007. Sin embargo, tras acceder a la información pública disponible en el Registro y Depósito de Convenios Colectivos, Acuerdos Colectivos de Trabajo y Planes de Igualdad (“REGCON”), la actora ha comprobado que NVLS no tiene inscrito ningún plan de igualdad, siendo incuestionable que la inscripción de los planes de igualdad es una obligación legal que impone el artículo 46 de la LO 3/2007 (“Las empresas están obligadas a inscribir sus planes de igualdad en el citado registro”) y el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo.

Y, concluye que dado que con *“la información pública suministrada por el REGCON es un medio de prueba idóneo y especialmente cualificado para acreditar y concluir –o cuando menos establecer una presunción iuris tantum– que NVLS, en su condición de adjudicataria del contrato, no tiene un plan de igualdad y, por tanto, se encuentra incurso en la prohibición de contratar establecida en el artículo 71.1.d) de la LCSP”*.



Adicionalmente, e íntimamente ligado con lo anterior, la mercantil actora señala que de confirmarse las conclusiones que arroja el REGCON, y por tanto, la adjudicataria no contase con un plan de igualdad, entonces, NVLS habría realizado una declaración que debería reputarse falsa, lo que determinaría su exclusión al amparo de lo dispuesto en los artículos 71.1.e) de la LCSP y 69.4 de la LCAP y ello dado que la adjudicataria había presentado una declaración responsable en la que certifica que emplea a 50 o más trabajadores y que cumple tanto con la obligación legal de contar con un 2% de trabajadores con discapacidad, como específicamente, con la obligación de contar y aplicar un plan de igualdad en cumplimiento de lo establecido en la LO 3/2007.

Sexto. A la vista de lo anterior, la recurrente funda su primera alegación en la afirmación de que la adjudicataria no posee un plan de igualdad, aportando como único elemento probatorio otra afirmación, la de que no se encuentra inscrito en Registro de Convenios y Acuerdos Colectivos.

El artículo 71.1.d) de la LCSP dispone:

“No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias: (...)

d) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen; o en el caso de empresas de 50 o más trabajadores, no cumplir el requisito de que al menos el 2 por ciento de sus empleados sean trabajadores con discapacidad, de conformidad con el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en las condiciones que reglamentariamente se determinen; o en el caso de empresas de 50 o más trabajadores, no cumplir con la obligación de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres.



En relación con el cumplimiento de sus obligaciones tributarias o con la Seguridad Social, se considerará que las empresas se encuentran al corriente en el mismo cuando las deudas estén aplazadas, fraccionadas o se hubiera acordado su suspensión con ocasión de la impugnación de tales deudas.

La acreditación del cumplimiento de la cuota de reserva de puestos de trabajo del 2 por ciento para personas con discapacidad y de la obligación de contar con un plan de igualdad a que se refiere el primer párrafo de esta letra se hará mediante la presentación de la declaración responsable a que se refiere el artículo 140.

No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior, el Consejo de Ministros, mediante Real Decreto, podrá establecer una forma alternativa de acreditación que, en todo caso, será bien mediante certificación del órgano administrativo correspondiente, con vigencia mínima de seis meses, o bien mediante certificación del correspondiente Registro de Licitadores, en los casos en que dicha circunstancia figure inscrita en el mismo”.

Respecto de la citada prohibición en particular, este Tribunal se ha pronunciado en diversas Resoluciones, las número 1529/2021, de 5 de noviembre, y 731/2022, de 16 de junio, 1664/2022, de 29 de diciembre, 238/2023, de 3 de marzo, recogidas y sistematizadas en nuestra Resolución número 245/2024, de 22 de febrero.

Así, conforme a tal doctrina, cualquier adjudicatario debe cumplir con lo dispuesto en el artículo 65.1 de la LCSP, es decir, debe tener plena capacidad de obrar, no estar incurso en alguna prohibición de contratar, y acreditar su solvencia económica y financiera y técnica o profesional, o la clasificación, en los casos en que así lo exija esta Ley, siendo la consecuencia jurídica en caso de incumplimiento la nulidad, ya que son nulos de pleno derecho los contratos celebrados por poderes adjudicadores con personas carentes de capacidad, de conformidad con el artículo 39 de la misma Ley.

Entre las prohibiciones de contratar, el artículo 71.1.d) de la LCSP incluye no cumplir con la obligación de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres (en adelante, LO 3/2007), de modo que ningún adjudicatario puede incumplir la obligación de



contar con un plan de igualdad en los términos establecidos en el precepto anteriormente reseñado.

También tiene sentado este Tribunal que la inscripción del plan de igualdad en el Registro de Convenio y Acuerdos Colectivos carece de carácter constitutivo.

A este respecto, el artículo 71.1.d) de la LCSP se refiere únicamente a la obligación de contar con un plan de igualdad, no a su inscripción.

De ahí que la validez del plan y su aplicación en la empresa no la determine su inscripción en el registro, sino la negociación entre las partes de este con los requisitos que establece el artículo 46 de la LO 3/2007.

Sería ilógico y desproporcionado con la finalidad que persiguen la citada LO 3/2007 y la LCSP que, existiendo un plan de igualdad negociado y acordado entre las partes, la empresa pudiera estar incurso en prohibición para contratar por el hecho de no estar inscrito dicho plan en el registro.

En fin, el Acuerdo del Pleno de este Tribunal, de 5 de abril de 2022, referente a la aplicación de las prohibiciones para contratar, señala en sus conclusiones:

“Las prohibiciones para contratar se aplicarán a todos los licitadores que concurran a un procedimiento de contratación sujeto a la LCSP, no solo al propuesto como adjudicatario.

Los licitadores deberán no encontrarse incursos en prohibición para contratar al fin del plazo de presentación de ofertas.

El licitador propuesto como adjudicatario no podrá encontrarse incurso en prohibición para contratar, al tiempo de la celebración del contrato.

Durante la licitación el órgano de contratación podrá exigir que se acredite no encontrarse incurso en prohibición para contratar, cuando aprecie indicios de lo contrario y no sólo en el trámite previsto en el artículo 150.2 de la LCSP.

Encontrarse en causa de prohibición para contratar es causa de exclusión.



Previamente a declarar la exclusión, cuando se aprecie la existencia de una prohibición para contratar, ha de ponerse de manifiesto al licitador afectado, concediéndole la oportunidad de probar su fiabilidad, pese a la existencia de un motivo de exclusión.

Ello incluye además la posibilidad de regularizar su situación tributaria y en materia de Seguridad Social, procediendo al pago o a la celebración de un acuerdo de fraccionamiento o aplazamiento del mismo o acreditando la suspensión de su eficacia con ocasión de su impugnación, administrativa o judicial”.

Luego, con carácter previo a la exclusión, el Tribunal ha aceptado la posibilidad, admitida por la Jurisprudencia del TJUE Sentencia de 14 de enero de 2021 (C-387/19) y el artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE, de permitir a quienes estén incurso en un motivo de exclusión del artículo 57.4 (prohibiciones de contratar, en la LCSP) demostrar su fiabilidad (Resolución número 629/2024, de 16 de mayo). En esta última, dijimos:

“Este Tribunal considera que pueden plantearse dos escenarios en el momento de determinar la concurrencia de la prohibición de contratar en cuestión: el primero, que el Plan de igualdad ya se haya inscrito por el REGCON, en cuyo caso nada obstaría para considerarlo prima facie vigente habida cuenta del carácter declarativo, que no constitutivo, de tal inscripción; el segundo, que esté pendiente de inscribir, en cuyo supuesto el órgano de contratación habrá de valorar si el Plan en cuestión reúne los requisitos que en cuanto al alcance y contenido, así como por la necesidad de negociación, exige el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, pudiendo constituir –en caso de duda al respecto– un indicio de que en aquél concurre una tacha de irregularidad las posibles objeciones al mismo que el REGCON haya planteado en aplicación de dicho precepto, tal y como ha acontecido en el supuesto aquí analizado”.

La adjudicataria ha presentado junto a las alegaciones presentadas en respuesta al presente recurso, un Certificado acreditativo de que NIGHTVISION LASERS SPAIN S.L. cuenta con un Plan de Igualdad vigente en los términos de la legislación aplicable, certificado que cuenta con la firma de la representación de los trabajadores en la persona de D. C.G.F., representante del sindicato CCOO. Sin embargo, este plan no ha podido

ser examinado por el órgano de contratación en el curso del procedimiento de contratación.

Procede, en consecuencia, estimar en parte este motivo de impugnación, anular el acuerdo de adjudicación y retrotraer las actuaciones para que se requiera a la propuesta como adjudicataria la aportación del citado Plan de Igualdad suscrito y se proceda por el órgano de contratación a valorar si este reúne los requisitos que, en cuanto al alcance y contenido, así como por la necesidad de negociación, exigidos en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007.

Séptimo. En segundo lugar, la recurrente defiende que la mercantil adjudicataria, NVLS incurre en una serie de incumplimientos de los requerimientos técnicos mínimos exigidos por el Pliego de Prescripciones Técnicas ("PPT") que determinan su exclusión, a saber:

- a. Incumplimiento de la especificación técnica RE-16 «temperatura de operación de los binoculares»: el binocular de NVLS no es operable en la zona climática C3 bajo condiciones de temperaturas extremas hasta -51°C.
- b. Incumplimiento de las especificaciones técnicas de los accesorios del binocular: las tapas de las lentes oculares del equipo de NVLS no son verdaderas tapas y no están (ni pueden estar) fijadas en el cuerpo del binocular
- c. Incumplimiento de la especificación técnica RE-07: el sistema de NVLS no proporciona de manera inequívoca información sobre el estado de batería baja.

Respecto al primer incumplimiento alegado, la recurrente afirma que *"el PPT establece como requisito técnico obligatorio el cumplimiento de unas concretas características medioambientales conforme a las especificaciones técnicas RE-16, RE-17 y RE-18. En particular, la especificación técnica RE-16 establece (...) que los binoculares ofertados deben ser operables en unas condiciones determinadas de temperaturas extremas, máximas y mínimas, que son las correspondientes a las zonas climáticas A2, A3, C0, C1, C2 y C3 establecidas en la norma STANAG 4370 (...)"*.



En virtud de lo anterior, conforme a la especificación técnica RE-16 del PPT, los binoculares ofertados deben ser operables a una temperatura mínima de -51°C y a una temperatura máxima de +44°C.

Pues bien, cabe concluir que, conforme a lo declarado por NVLS en su propia oferta, en el documento denominado “Matriz Técnica MINIMUS BINO 50-230049-020001” (página 9/23), el binocular ofertado por NVLS incumple esta especificación técnica obligatoria ya que la temperatura mínima bajo la que puede operar el binocular ofertado por NVLS es -46°C (frente a los -51°C exigidos por el PPT)...

El binocular ofertado por NVLS cumpliría las condiciones de temperatura de la zona climática C2 (-46°C), pero no las condiciones de temperatura de la zona climática C3 (-51°C), conforme a lo exigido por el PPT. En su virtud, es evidente que, sin necesidad de realizar ningún tipo de juicio o valoración técnica y conforme a lo declarado por la propia adjudicataria en su oferta, NVLS incumple la especificación técnica RE-16, debiendo acordarse su exclusión de la licitación”.

En segundo lugar, la mercantil actora defiende el incumplimiento de las especificaciones técnicas de los accesorios del binocular por parte de la adjudicataria, en especial de las tapas de las lentes oculares del equipo de NVLS respecto de las que el actor entiende que no son verdaderas tapas y no están (ni pueden estar) fijadas en el cuerpo del binocular como así exige el PPT.

Y, por último, la recurrente imputa a la oferta de la adjudicataria el incumplimiento de la especificación técnica RE-07, en cuanto que el sistema de NVLS no proporciona de manera inequívoca información sobre el estado de batería baja. Así, afirma que “NVLS ofrece un sistema que solo proporciona información sobre el estado de batería baja en uno de los canales ópticos, lo que resulta incompatible con el carácter ‘inequívoco’ que el PPT requiere 20 para esta funcionalidad”.

Por su parte, el órgano de contratación se opone a las alegaciones de la actora invocando la doctrina de este Tribunal en relación a la discrecionalidad técnica de la Administración en el enjuiciamiento de si las ofertas de los licitadores cumplen con las especificaciones técnicas del PPT así como se remite al informe del técnico que adjunta



para confirmar la adecuación de la oferta de la adjudicataria con las especificaciones exigidas.

Por parte de la mercantil adjudicataria se niegan los incumplimientos denunciados por la actora en su escrito de alegaciones.

Octavo. Expuestos en estos términos esta segunda alegación de la recurrente, con carácter previo es preciso indicar que este Tribunal tiene fijada una consolidada doctrina sobre la naturaleza que deben revestir los incumplimientos de los requisitos mínimos del PPT para que sean determinantes de la exclusión de un licitador.

Como hemos señalado en el Recurso nº 1720/2021 Resolución nº 1927/2021 remitiéndonos entre otras a nuestra Resolución nº 797/2017:

«Así, es criterio consolidado de este Tribunal la obligación de adecuar la descripción técnica en las ofertas presentadas a lo establecido en el pliego de prescripciones técnicas, siendo la consecuencia necesaria del incumplimiento de esta obligación la exclusión de la oferta al no adecuarse a las especificaciones establecidas por el órgano de contratación. Sentado lo anterior, es preciso recordar que la posibilidad de excluir a un licitador por incumplimiento del PPT está expresamente recogida en el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Este precepto establece que: "Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese de presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición".

Ahora bien, es doctrina consolidada de este Tribunal, expresada, entre otras, en la Resolución 815/2014, que "Las exigencias de dichos pliegos de prescripciones técnicas deben ser interpretadas y aplicadas de manera que no supongan obstáculos indebidos a los principios generales que guían la contratación administrativa (libertad de acceso a las



licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos y eficiente utilización de los fondos públicos en conexión con el principio de estabilidad presupuestaria), recogidos en el art 1 del TRLCSP. En este mismo sentido, se pronuncia el art 139 TRLCSP cuando exige que: "Artículo 139. Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia". En consonancia con ello, debe interpretarse el art. 84 del reglamento actualmente aplicable, que realiza una regulación muy precisa de los casos en los cuales los defectos en la proposición por defectos formales o por no ajustarse a las exigencias mínimas de los pliegos pueden dar lugar a la adopción de la decisión administrativa de excluir una proposición de la licitación", por lo que "no cualquier incumplimiento ha de suponer automáticamente la exclusión, sino que debe subsumirse en alguna de las causas recogidas en la normativa, interpretarse con arreglo a los principios de igualdad y concurrencia, y siempre ha de suponer la imposibilidad de la adecuada ejecución del objeto del contrato".

A ello añadimos, en nuestra Resolución 985/2015, que "el incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas por la descripción técnica contenida en la oferta ha de ser expreso y claro. En efecto, del artículo 145.1 del TRLCSP, que dispone que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna, por lo que establece la presunción en favor de los licitadores de que sus proposiciones se ajustan a los pliegos que rigen la licitación.

Solo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión. De otro lado el incumplimiento ha de ser claro, es decir referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos. Así no es admisible motivar el incumplimiento acudiendo bien a razonamientos técnicos más o menos



complejos fundados en valoraciones subjetivas, bien a juicios técnicos o de valor relativos a la capacidad o aptitud de los licitadores para cumplir lo ofertado».

Pues bien, aplicando estas consideraciones al caso que nos ocupa, se ha de concluir que los supuestos incumplimientos que se alega por la mercantil actora no son tan claros como para permitir a este Tribunal apreciar su existencia.

En efecto, tal y como se observa del informe emitido con ocasión del presente recurso y a la vista del informe técnico sobre el que aquél se apoya, en lo que respecta a los incumplimientos alegados que:

“respecto de los requisitos RE-16 y RE-07 del PPT, que “... Del análisis del cumplimiento de los requisitos esenciales RE-16 y RE-07 del recurso interpuesto por THEON: RE-16 “La temperatura de operación de los binoculares comprenderá las siguientes zonas climáticas: A2 A3, C0, C1, C2 y C3 del STANAG 4370”: Por parte de esta sección proponente (sección técnica con el apoyo del director técnico) para comprobar el cumplimiento de los requisitos técnicos del expediente objeto del recurso se consultó la matriz de cumplimiento 2. Matriz Técnica MINIMUS BINO 50-230049-020001 presentada por la empresa NVLS. En dicha matriz, en su página 9/23 la empresa asegura que cumple dicho requisito, aunque en la columna VALOR especifica el rango de “-46°C a +50°C” y remite al apartado 1.5.1 del documento 1. Descripción Técnica MINIMUS-BINO 50-230049-030201, también aportado en la oferta técnica de la empresa como justificación de los requisitos, y de carácter CONFIDENCIAL (según refleja su pie de página). Consultado el documento 1. Descripción Técnica MINIMUS-BINO 50-230049-030201 en su apartado 1.5.1 (página 6/18) se especifica que el rango de temperatura de uso, objeto de este requisito, es de “-51°C a +50°C”. Por todo lo anterior, la sección proponente admitió el dato del documento “1. Descripción Técnica MINIMUS-BINO 50-230049-030201” aportado por la empresa como justificación de los requisitos... RE-07 “Los binoculares llevarán un indicador de encendido del iluminador de infrarrojos e indicador de batería baja, que proporcionarán, de manera inequívoca, información de los dos estados (iluminador encendido y batería baja)”: Por parte de esta sección proponente, se considera que sí se cumple el RE107, ya que al ser un binocular, cualquier información que se presente en alguno de los tubos es observada por el



usuario. No debe plantearse el empleo táctico de un binocular como si fuese un monocular; es decir, si el usuario necesitara mantener un ojo tapado o con visión normal y con el otro ojo necesitara mirar a través de un medio de visión nocturna, el dispositivo que debe usar es un monocular. Dicho de otra manera, cada dispositivo debe usarse para el fin para el que fue diseñado: en el caso de un binocular es que la visión se lleve a cabo por ambos oculares de manera simultánea, por lo que siempre podrá percibir la información. Respecto de la interpretación semántica que hace el recurrente del término “inequívoco” que aparece en el PPT, se considera que es un juicio de valor, pues da a entender que para que sea inequívoco el aviso debe presentarse la información en ambos ojos, mientras que lo que realmente se busca es que se muestre un aviso al usuario que se refiera sólo a la “batería baja” y no a otro parámetro. De esta manera el aviso es inequívoco. La forma de hacerlo puede ser, por ejemplo, con un color específico para ese aviso. En el PPT claramente dice que el binocular llevará “un” indicador, pero no especifica que deba ser en ambos tubos...”. Acerca del incumplimiento del apartado 1.3 del PPT, señala en dicho informe que “... se deduce que, tras revisar la oferta presentada por NVLS, en la página 14 del documento 1. Descripción Técnica MINIMUS-BINO 50-230049-030201, se hace referencia y además se ilustra con una foto, a las Tapas de objetivo (dos unidades por cada lente, es decir, 2 lentes de objetivo y 2 de oculares, en total 4) lo que coincide con la respuesta dada a JAEMALE a la pregunta específica planteada por Theon sobre ese particular...”. Como conclusión, dicho informe manifiesta que “... • La propuesta técnica de la empresa NVLS, efectivamente cumple con los requisitos técnicos y en concreto con el RE-16 y RE-07 del concurso con la documentación aportada y el informe correspondiente del INTA...”.

Por todo ello, procede desestimar este motivo de impugnación pues no cabe apreciar los incumplimientos de la oferta presentada por la adjudicataria a los pliegos, debiendo recordar – en todo caso- que es vinculante la oferta presentada por el licitador y que todo lo incluido en dicha oferta es de obligado cumplimiento, además de que el futuro contrato se debe ajustar al contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, cuyas cláusulas se consideran parte integrante de los mismos (122.4 LCSP).

Noveno. En tercer lugar, la recurrente alega que NVLS debió ser excluida por haber omitido la entrega de un elemento obligatorio que debió proporcionar con la muestra

previa del binocular, incumpliendo con ello la obligación de entregar una muestra completa como *“requisito indispensable para proceder a la apertura de la proposición económica y técnica, conforme a lo dispuesto en el PPT”*, según establece la cláusula 18 del PCAP.

En particular, señala la actora que *“el PPT requiere el suministro no solo del binocular, sino también de una serie de accesorios, THEON formuló dos solicitudes de aclaración al Órgano de Contratación con la finalidad de aclarar el alcance y contenido de las muestras previas, clarificando si únicamente debía aportarse el binocular desprovisto de sus accesorios o, si por el contrario, debía aportarse un binocular completo provisto de todos los accesorios descritos en la cláusula 1.3 del PPT. Pues bien, el Órgano de Contratación respondió a dicha solicitud de aclaración confirmando que las muestras debían comprender un “binocular completo” provisto de “todos” los accesorios establecidos en el PPT. (...)”*.

Sin embargo, alega que NVLS ha omitido la entrega de esta estación de prueba de colimación, kit go-no go, incumpliendo con ello la obligación de entregar una muestra completa como *“requisito indispensable para proceder a la apertura de la proposición económica y técnica, conforme a lo dispuesto en el PPT”*, según establece la cláusula 18 del PCAP”.

Alegación que no queda acreditada de los términos que obran en el informe del Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial (documento nº 7 que el recurrente adjunta al recurso y que obra en el expediente). Por otra parte el recurrente alega que en el punto 10.1 aparece la fotografía fig.5. en la que se hace constar erróneamente que se trata de la *“Estación compacta de prueba de colimación-GO NO GO kit de la muestra MIKRON”*, cuando las fotografías muestran a la izquierda la estación presentada por NVLS y a la derecha la muestra MIKRON, por lo que depositó el Kit en el PCAMASCOM, junto con la muestra de la gafa y sus restantes accesorios y se entregó al INTA para la realización de las pruebas.

En consecuencia, se desestima este motivo de impugnación.

Décimo. Por último, la mercantil recurrente sostiene que el Órgano de Contratación ha infringido las reglas establecidas en la cláusula 14 del PCAP sobre la negociación del contrato, singularmente, en lo que se refiere a la información que el Órgano de Contratación podía compartir con los licitadores, vulnerando con ello lo establecido en el artículo 47.1 de la LCSPDS.

Alega que “en estricta aplicación de las reglas establecidas en la cláusula 14 del PCAP, durante la fase de negociación la única información que debía compartirse con los licitadores era la relativa al orden de clasificación de las ofertas (es decir, la concreta posición ocupada por cada licitador tras la primera valoración) y, una vez finalizadas las rondas negociadoras, se debía informar, en su caso, al licitador que hubiera ocupado la primera posición tras la primera apertura de ofertas sobre si otro licitador había igualado o mejorado su oferta, a fin de concederle una última oportunidad de mejora.

Esta es la única información que legítima y razonablemente cabía esperar que el Órgano de Contratación compartiera con los licitadores, tanto en la fase de negociación como, en su caso, en el trámite final de última oferta de mejora. Así resulta de una interpretación que se ajusta a los términos y al sentido literal de la cláusula 14 del PCAP, a los que habrá de estarse en primer lugar conforme al artículo 1.281 del Código Civil. Y con base en esta interpretación previsible y razonable, los licitadores adoptaron las decisiones estratégicas que consideraron más convenientes.

No obstante, durante la fase de negociación el Órgano de Contratación no se ha limitado a comunicar a los licitadores la información que, previsible y razonablemente, cabía esperar a la luz de lo establecido en el Pliego, sino que ha ido informando y revelando la puntuación obtenida por el licitador que en cada momento ocupaba la primera posición en el orden de clasificación. Así ha sucedido durante la fase única del proceso de negociación y también durante la fase final en la que se ha permitido a NVLS presentar una nueva oferta de mejora a fin de obtener la adjudicación del contrato, tal y como reflejamos a continuación (...)

De haberse previsto expresamente en el Pliego, nada habría que objetar. Sin embargo, no es esto lo que establece el Pliego, pues la cláusula 14 del PCAP se limita a señalar

que la única información que van a recibir los licitadores es la relativa al orden de clasificación de las ofertas y la existencia o no de una oferta igual o mejorada a la del licitador que hubiera ocupado la primera posición tras la primera valoración. Nada más. El PCAP no prevé en ningún momento ni, por tanto, autoriza al Órgano de Contratación a facilitar a los licitadores la puntuación obtenida por los restantes licitadores”.

En lo que aquí interesa la cláusula 14 del PCAP relativo a la fase de negociación del contrato, señala:

“Negociación del contrato.

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 sea correcto, 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”.

De la literalidad de la cláusula no cabe alcanzar la conclusión que expone el recurrente en cuanto que de la misma resulta que la única información que debía compartirse con los licitadores era la relativa al orden de clasificación de las ofertas, pues la cláusula se refiere a que se establecerá el orden en el que han quedado y este es consecuencia de la puntuación. Por ello, revelar esta puntuación no es una irregularidad procedimental invalidante, máxime cuando dados los criterios de adjudicación para determinar la puntuación, no descubren los términos de cada oferta y de su negociación.

Ítem más, el inciso sí que especifica la finalidad del deber de informar a los licitadores que no es otra que *“ratifiquen o mejoren su oferta estableciéndose un nuevo orden y así*



hasta que finalicen las rondas negociadoras” para lo que resulta imprescindible que se le suministre información de otra índole al margen del orden en el que cada uno de los licitadores hubiera alcanzado.

Por tanto, debe desestimarse este concreto motivo de impugnación.

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. E.R.A., en representación de THEON SENSORS S.A., contra la adjudicación 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, de acuerdo con lo señalado en el Fundamento de Derecho Sexto.

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 58.2 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

LAS VOCALES