



Recurso nº 1021/2018

Resolución nº 1044/2018

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

En Madrid a 16 de noviembre de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por D.S.A.G. en representación de ALBIE, S.A. (en adelante ALBIE), contra el acuerdo dictado por la Dirección General de Policía por el que se adjudica el procedimiento de licitación correspondiente al contrato de *“Suministro de raciones alimenticias con destino a personas detenidas en Centros Policiales, excepto Centros de Internamiento de Extranjeros”* (Exp. 08/18/CO/05), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por Orden de 9 de abril de 2018 de la Secretaría de Estado de Seguridad se acordó el inicio del procedimiento de licitación del contrato *“Suministro de raciones alimenticias con destino a personas detenidas en Centros Policiales, excepto Centros de Internamiento de Extranjeros”* (Exp. 08/18/CO/05).

Segundo. El procedimiento se rige por lo dispuesto en 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) y se tramitó por procedimiento abierto.

Tercero. Presentadas las ofertas por distintos licitadores, se constituyó la mesa de contratación quien, en reunión celebrada el 5 de julio de 2018 procede a la apertura del sobre correspondiente a la documentación administrativa, con el resultado que obra en el expediente. El 12 de julio de 2018 se procede a la apertura de los sobres referidos a los



criterios evaluables mediante juicio de valor, remitiéndose a los servicios técnicos para la elaboración del informe correspondiente.

Cuarto. En fecha 26 de julio de 2018 se reúne nuevamente la mesa para la valoración del informe técnico, que es aprobado, procediéndose a continuación a la apertura de las ofertas correspondientes a los criterios evaluables mediante fórmulas. Analizadas las ofertas, el 2 de agosto de 2018 la mesa se reúne nuevamente, esta vez para aprobar la propuesta de adjudicación a favor de ALONSO HIPERCAS, S.A. (en adelante, HIPERCAS). Aportada la correspondiente documentación y una vez calificada la misma por la mesa de contratación, el órgano de contratación acordó la adjudicación a su favor mediante acuerdo de 12 de septiembre de 2018, notificado a los interesados el 14 de septiembre del mismo año.

Quinto. El 17 de septiembre ALBIE solicita al órgano de contratación la vista del expediente, fijándose para el día 26 de septiembre la cita para comparecencia. En el día de la fecha compareció el interesado, dándosele vista de todo el expediente, a excepción del “*Estudio nutricional*” que formaba parte de la oferta de HIPERCAS por haber sido calificada por éste como confidencial, entendiéndose el órgano de contratación que no procedía dar acceso a la misma, de conformidad con lo previsto en el artículo 133 de la LCSP.

Sexto. El 3 de octubre de 2018, ALBIE formula recurso especial de revisión en materia contractual. Recibido el expediente en este Tribunal, se remitió al resto de licitadores para que formularan las alegaciones que a su derecho convengan el 16 de octubre de 2018, habiendo evacuado oportunamente el trámite HIPERCAS a medio de escrito presentado el 18 de octubre de 2018.

Séptimo. El procedimiento de licitación se encuentra suspendido desde la formulación del recurso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, habiéndose acordado el mantenimiento de la suspensión por Resolución de la Secretaria del Tribunal, por delegación de este, de 16 de octubre de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Competencia del Tribunal.



El recurso se formula ante este Tribunal en un procedimiento para el que es competente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la LCSP.

Segundo. Acto recurrible y adecuación del procedimiento.

El recurso se formula además frente a un acto dictado en un procedimiento de licitación susceptible de este recurso especial y contra un acto recurrible, pues se interpone frente al acuerdo de adjudicación (art. 44.2 c) de la LCSP) y en relación con un contrato de suministros con un valor estimado superior a 100.000 euros (art. 44.1 a) de la LCSP).

Tercero. Plazo de interposición del recurso y legitimación del recurrente.

El recurso ha sido interpuesto en plazo y por persona legitimada para ello, dado que la estimación del recurso podría dar lugar a la exclusión del adjudicatario, lo que daría lugar a la posible adjudicación del procedimiento a su favor.

Cuarto. Alegaciones del recurrente y contestación del órgano de contratación.

Las alegaciones del recurrente se centran, fundamentalmente, en dos cuestiones:

a) La disconformidad a Derecho de la comparecencia celebrada el 26 de septiembre para la vista del expediente, al haberse declarado confidencial toda la oferta contenida en el sobre nº2, por lo que no ha sido posible preparar adecuadamente el recurso, motivo por el cual solicita que se le dé en este procedimiento el trámite previsto en el artículo 29 del Real Decreto 814/2015.

b) La improcedencia de la oferta presentada por HIPERCAS que en relación con determinados productos oferta un precio cercano al 0, siendo en ocasiones de una diezmilésima de euro, lo que resulta contrario a los principios de onerosidad contractual, igualdad, concurrencia y defensa de la libre competencia, principalmente puesto que algunos de los menús y lotes a los que se hace la oferta cercana a 0 son los fundamentales de lo que constituye el objeto del contrato.

Por su parte el órgano de contratación contesta a lo anterior en su informe señalando:



a) En cuanto a la vista del expediente, considera que no se ha causado indefensión alguna, toda vez que se le permitió consultar toda la oferta de HIPERCAS, con excepción únicamente de la documentación contenida en el sobre nº 2 denominada “estudio nutricional”. La única información a que no se dio acceso fueron las fichas técnicas requeridas en el apartado 10.1 del Cuadro de Características del PCAP.

b) En cuanto a la oferta presentada por HIPERCAS, consideran que no vulnera los principios de onerosidad en libre mercado, pues la misma debe ser valorada en su conjunto, de suerte que, si bien los precios unitarios para determinados menús son bajos, en su conjunto la oferta sí tiene un precio que garantiza el beneficio económico del licitador, dentro de lo que constituye la estrategia empresarial del propio licitador, que es ajena al órgano de contratación.

Finalmente, HIPERCAS presentó alegaciones al recurso señalando, abundando en los mismos argumentos que los expuestos por parte del órgano de contratación, señalando además que la documentación declarada como confidencial se refiere únicamente a la oferta técnica que contiene los nombres de los proveedores y la composición de los productos que suministra, información comercial de carácter sensible que debe ser objeto de protección para evitar que el resto de licitadores puedan aprovecharse de su saber hacer. Además, considera que dicha información no es necesaria para formalizar el recurso, pues la información globalmente considerada se encuentra detallada en el informe técnico que sirvió de base para la valoración de las ofertas y que forma parte del expediente al que ha tenido acceso el recurrente.

Quinto. Derecho al acceso al expediente frente a derecho a la confidencialidad de las ofertas. Doctrina de este Tribunal. Denegación del acceso solicitada con arreglo al artículo 29 del RD 814/2015.

Señala el artículo 29 del Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales:

“1. La puesta de manifiesto del expediente a los restantes interesados comparecidos en el procedimiento de adjudicación para formular alegaciones, se hará por la Secretaría del



Tribunal durante el plazo de cinco días hábiles de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y 105.3 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre.

2. Los interesados podrán tomar cuantas notas necesiten para formular sus alegaciones y solicitar copia o certificado de aquellos documentos contenidos en el expediente que sean indispensables para ejercer su derecho de defensa, que se expedirán por la Secretaría siempre que los medios disponibles lo permitan y no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos.

La Secretaría no estará obligada a aceptar ninguna solicitud genérica respecto de la expedición de copias.

3. Cuando el recurrente hubiera solicitado en el trámite previsto en el artículo 16 vista del expediente y el órgano de contratación se la hubiera denegado, el Tribunal, a la vista de lo alegado en el escrito de interposición y del informe del órgano de contratación, podrá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas, con carácter previo al trámite de alegaciones, y por plazo de cinco días hábiles, para que proceda a completar su recurso, concediendo en este supuesto un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados comparecidos en el procedimiento para que efectúen alegaciones.”

Este precepto debe ser puesto en relación con el contenido en el artículo 133 de la LCSP, que señala:

“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones contenidas en la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. El carácter de confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores.



El deber de confidencialidad del órgano de contratación así como de sus servicios dependientes no podrá extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario ni a todo el contenido de los informes y documentación que, en su caso, genere directa o indirectamente el órgano de contratación en el curso del procedimiento de licitación. Únicamente podrá extenderse a documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles.”

A la vista de lo anterior, este Tribunal ha venido generando una doctrina constante, que se basaba ya en lo dispuesto en el antiguo artículo 140 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y que resulta plenamente aplicable a la luz de la nueva normativa antes expuesta. En síntesis, dicha doctrina viene a señalar:

- a) El carácter confidencial de la documentación no puede señalarse de forma genérica sobre la totalidad de la documentación, debiendo venir referida a secretos técnicos o comerciales, como aquella documentación confidencial que comporta una ventaja competitiva, desconocida por terceros y que, representando un valor estratégico para la empresa, afecte a su competencia en el mercado, siendo obligación del licitador que invoca el deber de confidencialidad justificar suficientemente que la documentación aportada es verdaderamente confidencial y al órgano de contratación decidir de forma motivada (Resolución nº 58/2018).
- b) El derecho de acceso se extiende a lo que constituye el expediente, tal y como éste viene definido en el artículo 70 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común, no extendiéndose a otros documentos que, aun cuando hubieran sido aportados por los licitadores, no hayan servido de antecedente de la resolución impugnada (Resolución nº 732/2016).
- c) La confidencialidad solo puede propugnarse de documentos que sean verdaderamente secretos, es decir, que no resulten accesibles o puedan ser consultados por terceros (Resolución nº 393/2016).
- d) En todo caso, el derecho de acceso al expediente tiene un carácter meramente instrumental, vinculado a la debida motivación de la resolución de adjudicación como



presupuesto del derecho de defensa del licitador descartado, por lo que no es imprescindible dar vista del expediente al recurrente más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar el recurso (Resolución nº 741/2018).

Pues bien, a la vista de la decisión adoptada por el órgano de contratación es posible concluir que éste actuó dentro de los márgenes establecidos. Efectivamente, la declaración de confidencialidad no alcanza a toda la oferta, sino únicamente al denominado “estudio nutricional”. Este documento contiene las fichas técnicas de los productos, donde puede identificarse a los proveedores del licitador, así como la composición concreta de cada uno de los productos que sirve, información que, además de no ser necesaria para la formulación del recurso como inmediatamente veremos, constituye sin duda una información que responde a la definición de secreto comercial, tal y como antes ha sido establecida.

Por otra parte, como se ha dicho, el derecho de acceso al expediente es un derecho instrumental al de tutela judicial efectiva y por tanto el ejercicio de aquél solo puede entenderse conectado a éste. Siendo así, debe darse la razón al adjudicatario en sus alegaciones, al señalar que el PPT no exigía una determinada composición de cada producto, que es la información contenida en el estudio nutricional, sino la adecuación nutricional de los productos ofertados, adecuación que puede ser objeto de revisión con la documentación a la que sí tuvo acceso el recurrente y en particular en el informe técnico de valoración donde se contienen los datos agregados de cada oferta.

Por todo ello, debe concluirse que no se ha vulnerado el derecho de acceso al expediente por parte del órgano de contratación, por lo que no resulta procedente acudir al trámite contemplado en el artículo 29 del Real Decreto 814/2015, debiendo desestimar en este punto la solicitud efectuada por medio de otrosí.

Sexto. Doctrina de este Tribunal en relación con las ofertas a precio 0. Análisis del caso.

Señala el artículo 145.5 de la LCSP:

“5. Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el



documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:

a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.

b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.

c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.”

Lo dispuesto en este precepto viene a conferir rango legal a una doctrina administrativa constante que venía interpretando el artículo 150 del anterior Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y que puede resumirse del modo que sigue:

a) En relación con los criterios evaluables mediante fórmulas, las fórmulas que se utilicen deben permitir determinar la oferta económicamente más ventajosa y además ordenar proporcionalmente las ofertas, de suerte que un criterio definido de tal modo que se desvirtúen ambos objetivos, puede dar lugar a la nulidad de pleno derecho del PCAP y con ella del procedimiento en su conjunto (resolución nº120/2013, y las que en ella se citan).

b) El establecimiento de fórmulas de valoración en el criterio precio que dan lugar a que ofertas más baratas alcancen peor puntuación que ofertas más caras da lugar a una infracción no subsanable de las normas sobre preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación (resolución nº 228/2015).

c) Un licitador puede ofrecer gratuitamente una prestación o una unidad básica de la prestación, a condición de que oferte un precio real o positivo del conjunto de la o las



prestaciones, pero la oferta cero por una prestación base unitario que tiene una fórmula de valoración, uno de cuyos factores es el precio ofertado por la misma, no es correcta y no se ajusta al pliego, siendo en tal caso admisible asignar a la oferta cero el precio de una centésima de unidad de euro, en cuanto no altera los criterios de adjudicación ni beneficia al licitador que ofertó cero y sí permite funcionar a una fórmula que no ha previsto el supuesto indicado (resolución nº 241/2018).

d) No resulta admisible la introducción de criterios de valoración que permitan a los licitadores efectuar ofertas hipotéticas o ilusorias que no se traduzcan en una verdadera ventaja para la Administración, desvirtuando así la finalidad del procedimiento (resolución nº 224/2011).

A la vista de todo lo anterior, cabe concluir que las ofertas económicas efectuadas a 0 o a valores cercanos a 0 en relación con algunas prestaciones o unidades son válidas, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: i) que en su conjunto la oferta tenga un precio positivo; ii) que la fórmula no quede desvirtuada, dando lugar a resultados que no permitan una ordenación proporcional de las ofertas y iii) que el resultado final no suponga otorgar mayor puntuación en el criterio precio a quien, en su conjunto, ha realizado una oferta más cara.

Pues bien, a la vista de la oferta realizada por HIPERCAS, cabe concluir que concurren en este caso todos los requisitos establecidos anteriormente puesto que: i) la oferta en su conjunto tiene un precio positivo y cierto; ii) la fórmula no queda desvirtuada, pues al haber ofertado en valores cercanos a 0, es posible la aplicación de la fórmula y la obtención de un resultado cierto y determinado para cada oferta y iii) se otorga la mayor puntuación a quien, en su conjunto, ha realizado la oferta más barata, tal y como se deduce del informe del órgano de contratación y sin que haya sido desvirtuado por el recurrente.

Por todo ello, debe desestimarse también el recurso en este punto, confirmando el criterio del órgano de contratación y el acto impugnado.

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.S.A.G., en representación de ALBIE, S.A, contra el acuerdo dictado por la Dirección General de Policía por el que se adjudica el procedimiento de licitación correspondiente al contrato de *“Suministro de raciones alimenticias con destino a personas detenidas en Centros Policiales, excepto Centros de Internamiento de Extranjeros”* (Exp. 08/18/CO/05).

Segundo. Desestimar la solicitud de acceso al expediente formulada en virtud de lo dispuesto en el artículo 29 del RD 814/2015.

Tercero. Levantar la medida cautelar, según lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

Cuarto. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en el sostenimiento del recurso, según lo dispuesto 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 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 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.