



Recurso nº 946/2022

Resolución nº 1066/2022

Sección 2ª

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

En Madrid, a 15 de septiembre de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. T.R.S. en representación de UNIÓN CASTELLANA DE ALIMENTACIÓN, S.A. (UCALSA) contra el acuerdo de adjudicación y el acuerdo de la mesa de contratación en que se basa, dictados en la licitación convocada por la División Económica y Técnica del Cuerpo Nacional de Policía para la adjudicación del contrato de *“explotación servicio de cafetería, restaurante y de máquinas expendedoras de alimentos y de bebidas (vending), en la Escuela Nacional Policía, Ávila, que da servicio a alumnos y funcionarios”*, con expediente referencia Z22CO001/060, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 23 de febrero de 2022, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de la licitación para la adjudicación por procedimiento restringido, tramitación ordinaria, del contrato de concesión de servicios sujeto a regulación armonizada para la *“explotación del servicio de cafetería, restaurante y de máquinas expendedoras de alimentos y de bebidas (vending), en la Escuela Nacional Policía, Ávila, que da servicio a alumnos y funcionarios”* (expediente Z22CO001/060), con un valor estimado de 50.000.000 euros.

Segundo. Finalizado el plazo de recepción de las solicitudes de participación el 24 de febrero de 2022, se presentaron las siguientes empresas:

- ALBIE, S.A.



- ARAMARK SERVICIOS DE CATERING, S.L.U.
- CATERING ARCASA, S.L.
- EUREST COLECTIVIDADES, S.L.
- MEDITERRÁNEA DE CATERING, S.L.U.
- PLATAFORMA FEMAR, S.L.
- SERUNION, S.A.U.
- TECNOVE, S.L.
- UNIÓN CASTELLANA DE ALIMENTACIÓN UCALSA, S.A.
- YANTAR GOOD COLECTIVIDADES, S.L.

A la vista de la documentación presentada, el 8 de abril de 2022 la mesa de contratación cursó invitación para participar en el procedimiento a las empresas que a continuación se enumeran, estableciendo como fecha límite para la presentación de ofertas el 3 de mayo de 2022:

- ALBIE, S.A.
- ARAMARK SERVICIOS DE CATERING, S.L.U.
- CATERING ARCASA, S.L.
- EUREST COLECTIVIDADES, S.L.
- MEDITERRÁNEA DE CATERING, S.L.U.
- SERUNION, S.A.U.
- UNIÓN CASTELLANA DE ALIMENTACIÓN UCALSA, S.A.



Tercero. La cláusula 12ª del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), bajo la rúbrica “*CRITERIOS PARA LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO Y PONDERACIÓN DE LOS MISMOS*”, disponía que:

“Los aspectos económicos y técnicos que serán valorados en el procedimiento para la elección de la oferta más ventajosa serán los siguientes.

12.1 Aspectos económicos.

El precio, sin que los importes unitarios ofertados sean superiores a los de licitación que se especifican en el ANEXO 2 (Modelo de Proposición Económica). En concreto se valorará el apartado 1 señalado en el ANEXO 2 de la siguiente manera:

1. PRECIO: Valoración máxima 49 puntos

1.1 Pensión completa.....30 puntos

1.2 Servicios sueltos.....3 puntos

1.3 Desayunos y bebidas calientes.....3 puntos

1.4. Bebidas frías, vinos, cervezas y otros.....2 puntos

1.5 Artículos cafetería.....5 puntos

1.6. Artículos máquinas vending.....5 puntos

1.7. Servicios especiales.....1 puntos

Acreditación: mediante su indicación en la proposición económica.

La atribución de puntos se efectuará en base a la baja ponderada sobre los precios de licitación para cada uno de los subapartados o grupos (1.1, 1.2, 1.3, 1.4, 1.5, 1.6 y 1.7) en relación con la oferta más económica de este grupo, de acuerdo con la siguiente fórmula:



$$P = \frac{Bn \times Pg}{Bmx}$$

Siendo:

P: Puntuación a obtener en ese subapartado o grupo.

Bn: Porcentaje de baja ponderada de la oferta que se trata de puntuar para cada uno de los subapartados o grupos.

Práctica del cálculo de “Bn” para cada uno de los subapartados o grupos:

Se suman los importes unitarios ofertados y se halla el porcentaje de baja sobre la suma de los importes unitarios de licitación.

Bmx: Porcentaje de la baja de la oferta más económica para cada uno de los subapartados o grupos.

Pg: Puntuación máxima asignada a cada uno de los subapartados o grupos.

12.2 Aspectos técnicos.

Se valorarán las mejoras establecidas del apartado 2 del Anexo 2 de este pliego hasta un máximo de 51 puntos de la siguiente manera:

a. Una renovación de equipamiento según memoria técnica (Anexo 7) con una valoración aproximada de 399.510 € (impuestos incluidos) 51 puntos.

La empresa que oferte la renovación de equipamiento, se valorará con 51 puntos y la no oferta se valorará con 0 puntos.

(...)”



Por otra parte, la cláusula 13ª del PCAP, bajo la rúbrica “*CRITERIOS OBJETIVOS PARA LA APRECIACIÓN DE QUE LA PROPOSICIÓN SEA DESPROPORCIONADA O ANORMAL*”, disponía lo siguiente:

“Al objeto de identificar una oferta como anormalmente baja se estará a lo previsto por el art. 149 de la LCSP, considerándose desproporcionadas las ofertas que se encuentren en los siguientes supuestos, respecto del precio unitario ofertado en el apartado 1.1 precio por menú pensión completa, de los criterios de adjudicación establecidos en el apartado 12.1 del Cuadro de Características:

- 1. Cuando, concurriendo un solo licitador, sea inferior al precio de licitación en más de 25 unidades porcentuales.*
- 2. Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.*
- 3. Cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales.*
- 4. Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía.*

Para la valoración de las ofertas como desproporcionadas, la mesa de contratación podrá considerar la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada. En aquellos casos en los que se encuentre que un valor ofertado puede considerarse



desproporcionado, se dará audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma”.

Cuarto. De las siete empresas invitadas a participar en el procedimiento, presentaron oferta económica ALBIE, S.A., SERUNION, S.A.U., UNION CASTELLANA DE ALIMENTACIÓN UCALSA, S.A. y MEDITERRANEA DE CATERING, S.L.U.

En sesión de 5 de mayo de 2022, la mesa de contratación acordó declarar admisibles todas las ofertas y solicitar el correspondiente informe técnico de valoración de las mismas.

Dado que en el Informe de viabilidad contenido en el expediente se indicaba *que “se estima que cualquier cantidad por debajo de los 350€ de mensualidad, hace que la oferta no sea viable en términos de calidad del servicio”* y que las empresas ALBIE, S.A., UNION CASTELLANA DE ALIMENTACIÓN UCALSA, S.A. y MEDITERRANEA DE CATERING, S.L.U., realizaron su oferta por debajo de este precio, con fecha de 6 de mayo de 2022, se solicitó aclaración de las ofertas a las empresas reseñadas, dando un plazo de hasta el 16 de mayo de 2022, para que justificasen adecuadamente la viabilidad de la ejecución del servicio en los términos de sus ofertas y precisasen las condiciones de las mismas, desglosando detalladamente el nivel de los precios, de los costes o cualquier otro parámetro en base al cual hubieran definido su oferta, mediante la presentación de toda aquella información y documentos que resultaran pertinentes a esos efectos.

Finalizado el plazo indicado, las empresas presentaron la documentación requerida de la que se dio traslado a los técnicos competentes para que realizaran el informe sobre la justificación de las ofertas y el informe técnico de su valoración.

Quinto. El 30 de mayo de 2022, la mesa de contratación se constituyó para proceder a la apertura de los informes indicados en el hecho anterior y realizar la propuesta de adjudicación del contrato. No obstante, el acto se suspendió al objeto de modificar el informe sobre justificación de las ofertas en relación con la calidad de la prestación del servicio exigida en los pliegos.



El informe sobre justificación de las ofertas se emitió definitivamente el 31 de mayo de 2022, estableciéndose en él la siguiente conclusión:

“Han presentado oferta en el Procedimiento Restringido, para la contratación de la explotación de los servicios de cafetería, restaurante y máquinas vending en la Escuela Nacional de Policía, cuatro empresas. Sometido el servicio a la libre concurrencia del mercado tres de estas empresas, ALBIE S.A., UNION CASTELLANA DE ALIMENTACIÓN UCALSA S.A y MEDITERRANEA DE CATERING S.L.U., han presentado ofertas de pensión completa inferiores a los 350 €.

Aplicados los criterios de valoración, las tres ofertas sometidas a consideración, entre ellas la actual adjudicataria, se encuentran en un rango cercano tanto en lo relativo a la pensión completa como al conjunto de precios de la oferta, existiendo un escaso diferencial de puntuación. Como consecuencia de ello, sometida a valoración a efectos de prestar el servicio en las condiciones y con la calidad requerida en el Pliego de Prescripciones Técnicas con los precios ofertados, se llega a las siguientes conclusiones:

- 1. La oferta presentada por la mercantil MEDITERRANEA DE CATERING S.L.U. se encuentra justificada en la documentación presentada por la empresa y por lo tanto se considera que justifica adecuadamente que puede prestar el servicio en las condiciones y la calidad requerida en el Pliego de Prescripciones Técnicas con el precio ofertado.*
- 2. La oferta presentada por la mercantil ALBIE S.A. se encuentra debidamente justificada en la documentación remitida por la empresa y por lo tanto se considera que justifica adecuadamente que puede prestar el servicio en las condiciones y la calidad requerida en el Pliego de Prescripciones Técnicas con el precio ofertado.*
- 3. La oferta presentada por la mercantil UNION CASTELLANA DE ALIMENTACIÓN UCALSA S.A. se encuentra debidamente justificada atendiendo a la documentación remitida por la empresa y al conjunto de la información disponible, y por lo tanto se considera que justifica adecuadamente que puede prestar el servicio en las condiciones y la calidad requerida en el Pliego de Prescripciones Técnicas con el precio ofertado”.*



Por su parte, en el informe de valoración de las ofertas se pone de manifiesto lo siguiente:

“En el Informe sobre la justificación de las ofertas, en el expediente restringido para la explotación de los servicios de cafetería restaurante y máquinas vending en la Escuela Nacional de Policía, sito en Avda. de Juan Carlos I, s/n, 05004 – Ávila. (Z22CO001/060), se desprende que las ofertas de las tres empresas requeridas quedarían justificadas, son viables y por lo tanto pasan a valoración.

Por otra parte, se comprueba que en la oferta realizada por la empresa ALBIE S.A., en los apartados referidos a ‘Desayunos y bebidas calientes’, ‘Bebidas frías, vinos, cervezas y otros’ ‘Artículos de cafetería’ y ‘Servicios especiales’, se ofertan diferentes productos a precio 0.

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares no prohíbe la presentación de ofertas con precio 0 y esta oferta no convierte el contrato en no oneroso. El contratista debe obtener algún tipo de beneficio económico y en el global el presente contrato resulta oneroso, dado que los productos ofertados a coste 0 no representan el objeto principal del contrato y por tanto el criterio más valorado económicamente (la pensión completa) sino que son prestaciones accesorias de cafetería restaurante cuya valoración es escasamente significativa en el precio global del contrato.

Asimismo la oferta de productos a precio 0 no puede considerarse una estratagema para subvertir los criterios de ponderación matemática de la puntuación en beneficio exclusivo de un licitador, ni impide la aplicación progresiva para la que están concebidas las fórmulas diseñadas para los criterios cuantificables mediante su aplicación. Se trata de aplicar estrictamente una fórmula matemática y la fórmula de aplicación de dicho criterio opera correctamente siendo progresivas las puntuaciones resultantes en cada criterio de baremación específico”.

De acuerdo con el informe técnico, las ofertas presentadas obtendrían la siguiente puntuación:



		ALBIE S.A.	UNION CASTELLANA DE ALIMENTACIÓN UCALSA S.A	SERUNION S.A.U.	MEDITERRANEA DE CATERING, S.L.U.
PRECIO	Puntuación Máxima 49 Puntos	Puntos	Puntos	Puntos	Puntos
PENSIÓN COMPLETA	30	28,95	30	16,38	27,53
SERVICIOS SUELTOS	3	3	1,86	1,97	2,19
DESAYUNOS, BEBIDAS CALIENTES Y OTROS	3	3	2,88	2,56	1,29
BEBIDAS FRIAS, VINOS, CERVEZAS Y OTROS	2	2	1,64	1,46	0,67
ARTÍCULOS CAFETERÍA	5	5	4,45	3,75	2,76
ARTICULOS MÁQUINAS EXPENDEDORAS	5	5	4,63	4	2,78
SERVICIOS ESPECIALES	1	1	0,70	0,69	0,14
PRECIO TOTAL		47,95	46,16	30,81	37,36
ASPECTOS TÉCNICOS	Puntuación Máxima 51 Puntos	Puntos	Puntos	Puntos	Puntos
RENOVACIÓN DE	51	51	51	51	51
ASPECTOS TÉCNICOS TOTAL		51	51	51	51
PUNTUACIÓN TOTAL		98,95	97,16	81,80	88,35

Sexto. El 2 de junio de 2022, la mesa de contratación se reunió para dar lectura a los informes definitivos de justificación de las ofertas y de valoración de las mismas, sin que por parte de sus miembros se llegara a un consenso unánime para formular la propuesta de adjudicación, por lo que el Presidente decidió aplazar la votación para la siguiente constitución de la mesa.

Reunida nuevamente esta el 9 de junio de 2022, adoptó el siguiente acuerdo:

“Tras no lograr un consenso unánime para formular la propuesta de adjudicación del procedimiento restringido para la ‘explotación servicio de cafetería, restaurante y de máquinas expendedoras de alimentos y de bebidas (vending), en la Escuela Nacional Policía, Ávila, Juan Carlos I, s/n, 05004 – Ávila’, se procede a la votación de la misma, resultando como propuesta para la adjudicación la empresa ALBIE S.A. con tres votos



favorables, emitidos por parte del Presidente de la mesa, el vocal representante de la Unidad Proponente y el vocal del Servicio de Contratación de Servicios y dos votos en contra emitidos por parte del vocal de la Abogacía y el vocal de la Intervención Delegada.

Se hace constar que el Presidente de la mesa, el vocal representante de la Unidad Proponente y el vocal del Servicio de Contratación de Servicios votan a favor de la propuesta de adjudicación a la empresa ALBIE S.A., al presentar la oferta más ventajosa para los intereses de la administración de acuerdo a los términos contenidos en el Informe de Valoración de ofertas presentado a la mesa.

Los vocales de la Abogacía y de la Intervención Delegada formulan voto en contra a la propuesta de adjudicación alegando que la oferta presentada por la empresa ALBIE S.A. están incurso en fraude de ley, al ofertar algunos precios unitarios a cero euros vulnerando el principio de onerosidad de los contratos”.

Séptimo. El 30 de junio de 2022, el órgano de contratación dictó resolución acordando la adjudicación del contrato a favor de ALBIE S.A. en las condiciones y precios unitarios ofrecidos por ella. El acuerdo de adjudicación fue publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público y notificado a UNIÓN CASTELLANA DE ALIMENTACIÓN, S.A. (UCALSA) el 1 de julio de 2022.

Octavo. El 20 de julio de 2022, UNIÓN CASTELLANA DE ALIMENTACIÓN, S.A. (UCALSA) interpuso recurso ante este Tribunal recurso especial contra la propuesta de adjudicación y el acuerdo de adjudicación del contrato.

Noveno. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), el órgano de contratación ha enviado a este Tribunal informe en el que concluye solicitando la desestimación del recurso por los motivos que en él se exponen.



Décimo. Conferido por la Secretaría de este Tribunal, trámite de alegaciones el 27 de julio de 2022, la entidad adjudicataria del contrato, ALBIE, S.A. ha presentado un escrito en el que sostiene la inadmisibilidad del recurso en cuanto a la propuesta de adjudicación de la Mesa de Contratación y su desestimación en cuanto al acuerdo de adjudicación.

Undécimo. Con fecha 27 de julio de 2022, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acordó el mantenimiento de la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, producida automáticamente por recurrirse el acuerdo de adjudicación, conforme al artículo 53 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente procedimiento se rige por la LCSP y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Segundo. Este Tribunal es competente para conocer del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo en el artículo 45.1 de la LCSP.

Tercero. El recurso se interpone por persona con poder bastante para representar a la recurrente. Cabe reconocer a ésta la legitimación exigida en el artículo 48 de la LCSP, pues ha concurrido a la licitación y ha quedado su proposición clasificada en segundo lugar, por lo que la estimación de su recurso afectaría a sus intereses legítimos al poder determinar la adjudicación del contrato a su favor.

Cuarto. Se recurren dos actos dictados en el procedimiento de adjudicación de un contrato de concesión de servicios que, en atención a su valor estimado (50.000.000 euros), es un contrato susceptible de recurso especial en materia de contratación (artículo 44.1.c) de la LCSP). La resolución de adjudicación del contrato es un acto recurrible porque así lo contempla expresamente el artículo 44.2.c) de la LCSP.



En cuanto a la impugnación que se hace de la propuesta de adjudicación efectuada por la Mesa de Contratación el 9 de junio de 2022, debe inadmitirse, al ser un acto de trámite que ni decide directamente o indirectamente sobre el fondo del asunto (adjudicación del contrato), ni determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni produce indefensión o perjuicio irreparable. En esa línea, el artículo 157.6 de la LCSP establece que: *“la propuesta de adjudicación no crea derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración”*.

La doctrina de este Tribunal acerca de la inadmisión de propuestas de adjudicación se ha expuesto en numerosas resoluciones de este Tribunal, entre otras muchas, en la resolución 416/2022, de 31 de marzo de 2022:

«Como hemos dicho en muchísimas ocasiones, entre otras en la resolución 1271/2019, de 11 de noviembre de 2019, plenamente aplicable al presente recurso:

“Respecto a los actos recurribles el art 44.2 señala que pueden ser objeto del recurso, en lo que ahora nos interesa, las siguientes actuaciones:

‘b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149’.

(...)

En el presente caso, el valor estimado del contrato de servicios, en cuestión rebasa el referido umbral.



Ello, no obstante, verificar la admisibilidad del recurso exige comprobar, a su vez, que los actos impugnados puedan ser objeto de recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el art. 44.2 LCSP, mencionado.

La Resolución 1052/2018, 16 de noviembre, dictada entre otras muchas en el mismo sentido, por este Tribunal señala que ‘en cuanto al acto recurrido, es regla general en nuestro derecho administrativo que contra los actos de trámite no cabe la interposición independiente de recurso administrativo —sin perjuicio de que puedan ser impugnados juntamente con la resolución o acto de terminación del procedimiento—, salvo que aquellos sean de carácter cualificado, bien porque decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, bien determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento, o bien produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, como se establece en el artículo 112.1 de la LPACAP. Ello no obstante el hecho de que no sea posible la impugnación independiente de un acto de trámite no cualificado no produce indefensión al interesado, que puede impugnar la resolución o acto definitivo que pone fin al procedimiento aduciendo los vicios del acto de trámite. Este era igualmente el criterio recogido en el artículo 40.2.b) y 3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP). La nueva LCSP mantiene el criterio general de imposibilidad de recurso independiente contra los actos de trámite no cualificados en el primer párrafo de la letra b) del apartado 2, del artículo 44.2.b) (...). No existen pues en el procedimiento abierto actos de admisión de licitadores ni de ofertas, en los términos en que a los mismos se refiere el artículo 44.2.b) de la LCSP, siendo así que lo que aquí verdaderamente se recurre es el acto de la mesa por el que se clasifican las ofertas y la propuesta de adjudicación a favor del primer clasificado, acto que es de trámite no cualificado, por cuanto, como disponen expresamente los artículos 150.1 y 157.6 LCSP, la propuesta de mesa ha de ser aceptada por el órgano de contratación, sin que la propuesta de adjudicación cree derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración, pues el órgano de contratación puede rechazarla y no adjudicar el contrato de acuerdo con ella, motivando su decisión, de modo que el acto impugnado no decide directa o indirectamente el fondo del asunto, ni determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni produce indefensión. En consecuencia, el acto no es recurrible,



conforme al artículo 44.2.b) y 3 de la LCSP y 22.1. 4º del RPERMC, sin perjuicio de que los vicios de que adolezca el acto impugnado puedan hacerse valer en el recurso que se pudiera interponer bien por el propuesto como adjudicatario actual bien por otro licitador contra el futuro acto de adjudicación.

Sobre la posibilidad de interponer recurso contra la decisión de la mesa de contratación por la que se propone al órgano de contratación la adjudicación del contrato en favor de un determinado licitador es reiterada pues la doctrina de este Tribunal que recuerda que no cabe la interposición de recurso especial en materia de contratación frente a la propuesta de adjudicación. De conformidad con el art. 157.6 LCSP, 'la propuesta de adjudicación no crea derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración'.

En definitiva, el Acta de la Mesa de Contratación, que recoge la propuesta de adjudicación, que es el acuerdo aquí impugnado no contiene una decisión administrativa de admisión o exclusión de licitadores, y no crea derecho alguno a favor del licitador propuesto, por lo que este acto no es susceptible de impugnación por esta vía.

El art 22 del Reglamento regula los requisitos de admisión señalando que solo procederá la admisión del recurso cuando concurren los requisitos allí recogidos entre los que figura: 'Que el recurso se interponga contra alguno de los actos enumerados en el artículo 40.2 del texto refundido citado'.

Así lo hemos reiterado en el acuerdo plenario de este Tribunal de 17 de marzo de 2022, en el que expusimos:

'La propuesta de la mesa de contratación y, con carácter general, el acuerdo del órgano de contratación de clasificación de ofertas son actos de trámite que no reúnen las características que exige el artículo 44.2.b) de la LCSP para ser susceptibles de recurso especial en materia de contratación, o el artículo 119.2.b) del Real Decreto-ley 3/2020, para ser objeto de reclamación. En particular, no se considera que decidan, directa o indirectamente, sobre la adjudicación, que es el acto propiamente recurrible, identificado

como tal por el legislador en el artículo 44.2 c) de la LCSP y 119.2 c) del Real Decreto-ley 3/2020'.

Así se ha resuelto, entre otras, en las recientes Resoluciones 424/2020, 550/2020, 647/2020, 773/2020, 48/2021, y 1502/2021. Resoluciones que se consideran doctrina de este Tribunal"».

En consecuencia, el recurso contra la propuesta de adjudicación ha de inadmitirse con base en el artículo 55 c) de la LCSP, por no ser el acto objeto de recurso susceptible del recurso especial en materia de contratación.

Quinto. El recurso se ha interpuesto el 20 de julio de 2022 y, por tanto, dentro del plazo de quince días hábiles a contar, en este caso, desde el día siguiente a la publicación y notificación de la adjudicación del contrato el 1 de julio de 2022, según dispone el artículo 50.1.d) de la LCSP.

Sexto. En cuanto al fondo del asunto y determinado el acto que puede ser objeto de este recurso, la recurrente sostiene que la entidad adjudicataria del contrato ha ofertado un precio de "0" euros para sesenta y dos de los productos objeto de la licitación, que suponen un 31,15% de todos los productos, dentro de una partida del precio que tiene un peso de 19 puntos dentro de los 100 totales. Considera que con esos precios totalmente irreales la adjudicataria buscaba obtener la máxima puntuación, lo que constituye un fraude de ley, como así se puso de manifiesto por los dos vocales de la mesa de contratación con mayor cualificación jurídica (Abogado del Estado e Interventora Delegada) en el procedimiento de adjudicación del contrato.

La recurrente continúa diciendo que el PCAP del contrato no establece un precio global, sino que se divide en distintos precios según el apartado correspondiente (pensión completa; servicios sueltos; desayunos y bebidas calientes; bebidas frías, vinos, cervezas y otros; artículos cafetería; artículos máquinas *vending* y servicios especiales), totalizando 199 productos cuyo precio ha de indicarse en las ofertas, según el modelo que para la proposición económica se establece en el Anexo 2 del PCAP. Al ofrecer un precio "0" para 62 de estos productos, ALBIE S.A. estaría actuando en fraude de ley, pues lo único

que persigue es manipular la fórmula de valoración del criterio a su favor para obtener la máxima puntuación en perjuicio de los demás licitadores, que han ofertado precios reales. Según la recurrente esta circunstancia es la que ha determinado que ALBIE, S.A., que obtuvo menor puntuación que UCALSA en “*pensión completa*” y la misma puntuación en “*aspectos técnicos*”, resultara ser la adjudicataria del contrato. Así las cosas, considera que la oferta de ALBIE S.A. debe ser excluida, bien porque el precio “0” no es un precio real, bien por haberse formulado en fraude de ley y vulnerar el principio de competencia. En apoyo de su pretensión invoca la doctrina de este Tribunal contenida en las resoluciones número 1051/20217, 513/2020, 1060/2020, 1499/2019, así como en resoluciones de otros tribunales especiales territoriales en materia de contratación.

Adicionalmente, explica que la oferta de ALBIE, S.A. es incoherente por cuanto ofrece un precio mayor para la pensión completa que para los servicios sueltos, perjudicando a los alumnos que se acojan al régimen de pensión completa y que la oferta de ALBIE, S.A. es temeraria e injustificada.

El órgano de contratación comienza diciendo en su informe que tanto la oferta de ALBIE S.A. como la de UCALSA y MEDITERRÁNEA CATERING, se cuestionó su viabilidad económica por ofertar todas unas cantidades por debajo de los 350 €, indicado como mínimo en el informe de viabilidad del contrato, por lo que, al amparo del artículo 285.2, se les concedió trámite de audiencia y alegaciones para que “*justificaran la viabilidad de sus ofertas en términos de calidad del servicio y precisaran las condiciones de la misma, desglosando detalladamente el nivel de los precios, de los costes o cualquier otro parámetro en base al cual haya definido su oferta, mediante la presentación de toda aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos*”. Si bien UCALSA no aportó justificación suficiente de su oferta, al estar las ofertas de las tres empresas en un rango cercano tanto en lo relativo a la pensión completa como al conjunto de precios de la oferta y tener acreditado UCALSA un nivel de actividad en el sector, en el informe emitido al respecto el 24 de mayo de 2022, por el Comisario Principal, Director de la Escuela Nacional de Policía se propuso aceptar a las tres ofertas, lo que fue aceptado por la Mesa de Contratación en su sesión de 20 de mayo de 2022. Por lo que respecta a la oferta de ALBIE, S.A., se decía en el citado informe:



“Por parte de la Administración se observa que el desglose que se hace de todos los costes va acompañado de datos que sustentan fehacientemente dichas afirmaciones, aportando confianza sobre los aspectos que se han descrito en relación a la viabilidad de la oferta que presenta.

Partiendo del hecho de que la mercantil ALBIE S.A. es la actual adjudicataria del servicio y conocedora del mismo, en la documentación presentada, designada confidencial, justifica detalladamente las diferentes partidas de gastos e ingresos de forma verosímil por lo que la oferta presentada por la mercantil ALBIE S.A. se encuentra justificada debidamente en la documentación remitida y por lo tanto resulta verosímil la viabilidad de su ejecución en los términos descritos en su escrito de justificación y la oferta”.

Razona, además, el órgano de contratación que en el estudio económico previo de los servicios de cafetería, restaurante y máquinas *vending* en la Escuela Nacional de Policía realizados para la elaboración del informe de viabilidad, se valoró que los ingresos provenientes de la pensión completa ascenderían a un 81% del total, al que se asignó la mayor puntuación (30 puntos dentro de los 100 totales). Al resto de servicios se atribuyeron 19 puntos por ser prestaciones accesorias a la prestación principal (pensión completa), representando, respectivamente, el 10% (máquinas *vending*) y el 9% (servicios de cafetería y restaurante) de los ingresos totales. Partiendo de lo anterior sostiene que *“todos los productos ofertados por la empresa ALBIE S.A. a precio cero están dentro de los servicios accesorios de cafetería/restaurante, que representan el 9% de los ingresos del contrato. Aun siendo, como manifiesta la recurrente, la tercera parte de todos los productos de la lista de la oferta económica, tan solo representarían una pequeña parte de los ingresos del contrato y se tiene que tener en cuenta que dicha empresa es la actual adjudicataria y, por tanto, conocedora de qué productos son los principalmente demandados en el servicio de cafetería”.*

En relación con la alegación de UCALSA sobre que ALBIE, S.A. ha realizado su oferta en fraude de ley, el órgano de contratación declara que:

“Se ha comprobado al realizar la propuesta de adjudicación que la fórmula funciona correctamente con la inclusión en la oferta de productos a precio cero, no produciéndose ningún perjuicio a las licitadoras. Todos los licitadores obtienen puntos proporcionalmente a sus ofertas, no existiendo ningún salto cualitativo como consecuencia de los productos ofertados a precio 0 euros, por lo que la progresividad de la fórmula ha quedado salvaguardada.

Se han realizado varias comprobaciones con respecto al funcionamiento de la fórmula, concretamente se han recalculado los puntos que obtendrían todas las empresas si la empresa ALBIE en todos los productos que oferta a precio cero euros hubiera ofertado los precios de la siguiente licitadora mejor valorada, en este caso la empresa UCALSA, y el resultado es que sigue siendo la empresa ALBIE la mejor valorada.

(...)

Consecuentemente, no puede quedar acreditado que la empresa ALBIE realice una oferta en fraude de ley”.

Añade el órgano de contratación que “la afirmación de la empresa recurrente en la que dice que difícilmente puede haber competencia efectiva es totalmente errónea. Al contrario, se estaría limitando la competencia real, al coartar a las empresas la libertad a la hora de realizar sus ofertas”.

El órgano de contratación defiende la onerosidad del contrato y sostiene que “la diferencia de precios ofertados, tanto del precio de la pensión completa (ALBIE 273, 33 € y UCALSA 266,90€) como del conjunto de los precios de cafetería y vending no es especialmente importante” y que, no teniendo un coste real para la Administración la ejecución del contrato, no existe perjuicio para el interés público en la manera en que ALBIE ha presentado su oferta, sin que tampoco los pliegos, que no han sido recurridos, prohibieran formular ofertas con precios cero para algunos productos ni que los precios aisladamente considerados para dichos productos hubieran de ser superiores a los de los mismos productos en la pensión completa.

En su extenso escrito de alegaciones ALBIE, S.A. expone los motivos por los que considera que su oferta económica es conforme a la Ley, a los pliegos y a la doctrina administrativa sobre la presentación de ofertas que contengan precios unitarios o prestaciones a precio cero. En este sentido, considera que la doctrina administrativa y la jurisprudencia vienen admitiendo la formulación de este tipo de ofertas siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones, que en este caso habrían sido respetadas por ALBIE, según razona posteriormente: a) que el precio cero se refiera a prestaciones parciales; b) que el precio total sea positivo; c) que no se desvirtúe la fórmula matemática prevista en los pliegos; y d) que se valore con la máxima puntuación la oferta económica más baja, valorándose las demás de forma proporcional. Insiste en que cumple estos requisitos porque la oferta presentada por ALBIE para cada uno de los apartados es siempre un precio positivo, dado que únicamente oferta precios cero para determinados productos dentro de cada uno de dichos apartados. En apoyo de sus argumentos Invoca, entre otras, las resoluciones de este Tribunal números 440/2018, 1187/2018, 1044/2018 de otros Tribunales territoriales especiales y Sentencia del TJUE de 10 de septiembre de 2020.

La adjudicataria defiende, como consecuencia de lo anteriormente indicado, que su oferta no se ha realizado en fraude de ley y pone de manifiesto lo siguiente:

“Pese a lo alegado de contrario, ni se manipula la fórmula de valoración, como se ha demostrado, ni se impide su correcto funcionamiento, ni se aprovecha dicha fórmula para perjudicar a los demás licitadores y hacer inútiles sus esfuerzos.

Al respecto no hay más que fijarse en las puntuaciones obtenidas por ALBIE y UCALSA, entre las que existe escasa diferencia (...) Es más, si hiciéramos el ejercicio (a los solos efectos dialécticos) de eliminar de las ofertas presentadas todos aquellos apartados en los que ALBIE ha incluido precios unitarios 0, el resultado sería –como se aprecia en la tabla 7- que ALBIE seguiría obteniendo la mayor puntuación (con 0,45 puntos más que UCALSA), de modo que los precios 0 no habrían influido en ningún caso en la alteración del resultado final. A mayor abundamiento, la oferta de ALBIE seguiría obteniendo la mayor puntuación si hiciéramos el ejercicio (nuevamente, a efectos dialécticos) de



sustituir los precio 0 ofertados por los precios de UCALSA para los mismos productos, demostrándose de nuevo la nula incidencia de los precios 0 en la puntuación total". Añade que su oferta sigue siendo real y onerosa y que "todos los licitadores han incluido varios precios muy cercanos a 0, puramente simbólicos, y han seguido en general una estrategia de precios muy similar a la de ALBIE." Señala que "la oferta de ALBIE responde a un concienzudo análisis de la estructura de costes del contrato y de su viabilidad, basado, entre otras cosas, en su profundo conocimiento del contrato dada su condición de actual adjudicatario".

En relación con la alegación de que el coste de la pensión completa es proporcionalmente superior al de los servicios que incluye de manera aislada concluye que *"la pensión completa y los servicios sueltos de desayuno, comida y cena tienen diferentes destinatarios, diferentes volúmenes de ventas y constituyen prestaciones diferentes conforme al pliego.*

Por esta razón el pliego prevé precios máximos de licitación diferentes para los dos casos, sin establecer en modo alguno que el precio de la pensión completa deba ser inferior al de los servicios sueltos.

De este modo, el hecho de que ALBIE haya ofertado un precio inferior para los servicios sueltos que para la pensión completa no perjudica en modo alguno a los alumnos internos ni supone un agravio comparativo para los mismos, pues todos los alumnos internos contratan la pensión completa".

Finalmente, respecto a la alegación de la recurrente de que la oferta de ALBIE es anormalmente baja, la adjudicataria se defiende señalando que el PCAP únicamente tiene en cuenta para establecer cuando una oferta incurre en presunción de anormalidad el precio ofertado para la pensión completa, que la consideración de la anormalidad ha de hacerse teniendo en cuenta la oferta en su conjunto y que, en todo caso, el órgano de contratación consideró justificado por ALBIE el bajo nivel del precio ofertado. Insiste en la viabilidad de su oferta y concluye solicitando la desestimación del recurso.



Séptimo. Expuestas las posturas de la recurrente, del órgano de contratación y de la adjudicataria del contrato, este Tribunal considera que el recurso debe ser desestimado y ello en atención a las consideraciones que seguidamente se exponen:

1.- Como punto de partida ha de tenerse en cuenta que el contrato de cuya adjudicación se trata es un contrato de concesión de servicios, que el artículo 15 de la LCSP define en los siguientes términos:

“1. El contrato de concesión de servicios es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

2. El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior”.

Aplicando lo dispuesto en el artículo 15 de la LCSP (al que remite el artículo 16.2 del mismo texto legal) respecto del riesgo operacional, se entenderá que el concesionario asume dicho riesgo *“cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento vaya a recuperar ni las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”.*

En el supuesto aquí considerado la contraprestación que va a percibir el concesionario consiste en la explotación de los servicios de cafetería, restaurante y máquinas *vending* que son objeto del contrato, sin que la Administración deba abonarle precio adicional alguno.



Así se pone claramente de manifiesto en la cláusula 14ª del PCAP que, bajo la rúbrica “sistema de determinación del precio, pago, abonos a cuenta y revisión de precios”, establece lo siguiente:

“14.1.- Sistema de determinación del precio. El presente contrato supone gasto cero para la Administración. El sistema de determinación del precio es por importes unitarios.

14.2.- Pago del precio. El adjudicatario percibirá como pago del contrato el importe de los precios ofertados por él mismo, que serán satisfechos por los usuarios del servicio.

(...)”

Así las cosas, la única contraprestación que va a recibir el concesionario por la ejecución de los servicios de cafetería, restaurante y máquinas *vending* que constituyen el objeto del contrato son los precios unitarios ofertados por él mismo, que habrán de ser pagados por los usuarios de la cafetería, restaurante y máquinas *vending*.

Se trata, por tanto, de un contrato de concesión de servicios, en el que a diferencia de otros contratos tipo regulados en la LCSP, es consustancial al mismo la asunción por parte del concesionario de un riesgo operacional, como señala el artículo 285.1 c) LCSP (“...en todo caso el riesgo operacional le corresponderá al contratista”). El contratista no solo asume que haya más o menos usuarios del servicio que va a prestar, sino que es enteramente responsable de los distintos precios unitarios que ha ofertado y de la seriedad de su oferta, pues de dichos precios va a recibir su retribución o contraprestación.

2.- El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado claramente que el hecho de que se oferte un precio cero, por sí solo considerado, no es determinante de la exclusión de la oferta. Así, la sentencia de 10 de septiembre de 2020 [ECLI:EU:C:2020:685] declaraba:

“(...) la Directiva 2014/24 no puede servir de fundamento legal para rechazar una oferta que propone un precio de cero euros. Por consiguiente, esta disposición no permite



excluir automáticamente una oferta presentada en un contrato público —como pueda ser una oferta por un importe de cero euros—, mediante la cual el operador económico propone proporcionar al poder adjudicador, sin pedir contrapartida, las obras, los suministros o los servicios que este último desea adquirir (...)

Cuando una oferta parezca anormalmente baja, los poderes adjudicadores exigirán al licitador que explique el precio o los costes que en ella se propongan, (...) De este modo, tales explicaciones contribuirían a evaluar la fiabilidad de la oferta y permitirían acreditar que, aun cuando el licitador proponga un precio de cero euros, la oferta en cuestión no afectará al cumplimiento correcto del contrato

(...)

Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que el artículo 2, apartado 1, punto 5, de la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que no sirve de fundamento legal para rechazar la oferta de un licitador en un procedimiento de adjudicación de un contrato público por el único motivo de que el importe de la oferta sea de cero euros”.

Este Tribunal en la resolución 1187/2018, de 28 de diciembre de 2018, en un supuesto, en el que como aquí acontece, el precio del contrato se formulaba por precios unitarios, fijándose unos precios máximos por unidad (en igual término, las cláusulas 12.1 y 14.2 del PCAP del presente contrato) y se cuestionaba, en general, la legalidad de ofertar algunos precios unitarios a 0 euros, por lo que suponía de denegación de la onerosidad de los contratos, declaró:

“Por ello para que el contrato no sea oneroso no basta, como afirma la recurrente, que el adjudicatario no oferte precio, es decir preste gratuitamente, alguna de las unidades a las que se refieren los precios unitarios, si en el global del contrato, es decir sumando todos y cada uno de los precios unitarios ofertados por lo que, conjuntamente, constituye la prestación objeto del contrato, el ente contratante ha de pagar un precio y con el que el contratista obtiene su beneficio. En fin, el como el licitador distribuya entre las distintas unidades los precios —compensando unos con otros— responde a su estrategia legítima



de oferta, de modo que el hecho de que —no impidiéndolo el PCAP— oferte algún precio unitario en cero euros, no convierte en su conjunto al contrato en gratuito”.

Cuestión distinta a la anterior, es que la oferta a cero euros se haya realizado en fraude de ley, en cuyo caso, este Tribunal ha procedido a su rechazo, aplicando su doctrina (resoluciones nº 25/2022, 1249/2020, 1060/2020 y 1187/2018, entre otras). En la primera de las resoluciones citadas se decía:

“Pues bien, en opinión de este Tribunal y conforme a lo dispuesto dentro del PCAP, — que como bien señala el órgano de contratación no ha sido impugnado, resulta plenamente válido y se entiende admitido por el licitador ahora recurrente, por haber tomado parte en este procedimiento de contratación, sin haberlo impugnado—, es preciso analizar si nos encontramos ante un caso de posible fraude de ley con la presentación de una oferta a precio cero, o casi cero, pues en esos supuestos el licitador que así actúa garantiza que su oferta acaparará la totalidad de puntuación y las de sus competidores serán puntuadas con cero puntos. En efecto, como señala la recurrente, la doctrina de este Tribunal es la de considerar en fraude de ley a la oferta de precio cero a una prestación, cuyos costes se trasladan al precio ofertado de otra para, dada la estructura de la fórmula de valoración, obtener el máximo de puntos asignados a ese criterio y determinar que el resto de las ofertas, cualquiera que sea su importe, con tal de que sea positivo, obtengan cero puntos. Se produce así un resultado contrario al ordenamiento jurídico, en cuanto esa oferta es calificada como la más ventajosa económicamente, no siéndolo en realidad, y ello en perjuicio de las ofertas de otros licitadores, cuyas ofertas son realmente mejores económicamente, pero por efecto de ese fraude de ley obtienen menos puntos, (así, nuestra Resolución nº 1249/2020, Resolución nº 1060/2020, así como la Resolución nº 1187/2018).

Como ya decíamos en nuestra Resolución nº 1249/2020: ‘(...) la admisibilidad o no de precios cero o casi cero depende, en cada caso, de que se trate realmente de precios diferenciados de prestaciones distintas del contrato licitado o de componentes o costes de un único precio de una sola prestación objeto del contrato. En este último caso, salvo que lo prohíba el PCAP, se viene admitiendo, salvo excepción en función de las

circunstancias del caso, la formulación en la oferta de uno o varios componentes o costes diferenciados de la prestación única a importe cero o casi cero, pues, en definitiva, van a determinar un precio único real y efectivo, y solo son costes del precio único. No ocurre lo mismo cuando el objeto del contrato licitado se integra por prestaciones distintas a cada una de las cuales, por determinación del PCAP, se ha de ofertar un precio que es objeto de valoración y asignación de puntos diferenciadas de los otros, supuestos en los que las ofertas de los distintos precios se presta a maniobras contrarias a la buena fe, concurrencia e igualdad entre licitadores en el procedimiento, y pueden dirigirse a finalidades en fraude de ley, distorsionando el sistema de valoración de las ofertas y la correcta aplicación de los criterios objetivos dirigidos a determinar la oferta económicamente más ventajosa, en cuanto que, en los casos de precio cero o casi cero o irrisorios, podrían valorarse las ofertas mediante el criterio mejor precio respecto de unos precios ficticios vaciados de contenido, no porque no existan costes en la ejecución de la prestación, sino porque los costes correspondientes se han trasladado a la oferta de precio de otra u otras prestaciones en la que compensa, a efectos de valoración, obtener menos puntos al ser mayor la diferencia a su favor por los que se obtienen de más indebidamente en la oferta de la prestación con precios cero o irrisorios o ficticios’.

Por lo tanto, la problemática del fraude de ley en las ofertas a cero euros o casi cero no se da en los contratos que tengan una sola prestación dentro de su objeto, como norma general, pero sí en aquéllos en los que existan varias prestaciones dentro de ese objeto. Trasladada esta doctrina al caso que nos ocupa, y siendo un contrato en el que se da ese riesgo de fraude de ley al existir varias prestaciones dentro de su objeto, vemos que la clave para apreciar si nos encontramos ante un fraude de ley con la presentación de una oferta a precio cero o casi cero se encuentra en si se produce o no una compensación en la valoración de las ofertas económicas presentadas correspondientes a cada una de las prestaciones, pero solo en el caso en que sea mayor la diferencia de valoración a favor de la oferta de coste cero o casi cero, y por lo tanto, compense hacer una oferta económica más baja, a cambio de conseguir mayor puntuación. Pero este efecto solo se puede producir en los casos en que la prestación —o prestaciones— a las que se haya ofertado con precio cero o casi cero tenga mayor relevancia o importancia que las demás



prestaciones, o al menos, la misma importancia que las demás, en el conjunto del objeto de ese contrato.

(...)

Como vemos, por tanto, la prestación a la que la adjudicataria ha ofertado con precio de casi cero euros, —0,51 más IVA—, es de tan escasa importancia apreciada en el conjunto del objeto del contrato, que no produce una compensación de la valoración efectuada que pueda ser considerada como fraude de ley, ya que la importancia de los servicios de limpieza extraordinarios o especiales, sin desinfección, en cuanto a su valoración en el conjunto del objeto del contrato, las horas de trabajo y su repercusión en el presupuesto máximo de licitación, es mínimo respecto de la prestación de los servicios de limpieza ordinarios, que constituyen la actuación principal a realizar”.

En esa línea, en nuestra resolución 1044/2018, de 16 de noviembre de 2018, en un contrato que licitó también la Dirección General de Policía, relativo a un “*Suministro de raciones alimenticias con destino a personas detenidas en Centros Policiales, excepto Centros de Internamiento de Extranjeros*”, en el que se cuestionó que el adjudicatario hubiera ofertado en algunos productos de los menús, precios muy cercanos a 0 euros, manifestamos entonces que:

“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". (el subrayado es nuestro)

Además, lo que ha declarado este Tribunal es que la oferta a precio 0 euros es fraudulenta si con ello se traslada los costes de la prestación ofertada a 0 euros a otra prestación de la oferta o se desvirtúa el sistema de atribución de puntos, incrementado artificiosamente la puntuación en un determinado criterio de adjudicación a costa de una pérdida de puntos inferior en otro criterio distinto, de manera que el balance final de puntos sea favorable al licitador fraudulento, lo que no ocurre en el supuesto en controversia, como a continuación se analizará con detalle.

3.- El PCAP aplicable al contrato de controversia, no recurrido por la recurrente, si bien no autoriza ofertas de precios unitarios por encima de los precios máximos por unidad

fijados en el Anexo 2 del PCAP, no establece un mínimo a ofertar y tampoco prohíbe ofertar a precios unitarios de 0 euros o penaliza o sanciona de alguna forma en la fórmula a emplear para su valoración, este tipo de ofertas. De hecho, si como considera la recurrente, un precio de 0 euros debe considerarse fraudulento por irreal, fuera de mercado o falta de onerosidad, tampoco implican lo contrario ofertas de precios unitarios con valores prácticamente muy cercanos a 0 euros como ha realizado tanto la recurrente como las otras empresas que han participado.

Por tanto, es de entender que no se ha producido en este aspecto ninguna infracción de los pliegos que rigen la licitación.

4.- En todo caso, la fórmula establecida en el pliego para la valoración del precio, no fue puesta en duda ni por la recurrente ni por ningún otro licitador a lo largo del procedimiento de adjudicación, ni menos aún fue objeto de solicitud de anulación mediante el oportuno recurso en la fase de licitación, que es cuando, en su caso, debió haber sido cuestionada, dado que en el análisis de la fórmula sí pudo perfectamente considerarse, entonces, que algún licitador podía formular una oferta de precios unitarios 0 euros y con ello, siguiendo el discurso de la recurrente, “distorsionar” el resultado, dar lugar a resultados que no permitieran una ordenación proporcional de las ofertas o que el resultado final no supusiera otorgar mayor puntuación en el criterio precio a quien, en su conjunto, había realizado una oferta más cara.

5.- A continuación, vamos a realizar el análisis de los criterios de adjudicación establecidos en el PCAP, sus apartados, sus respectivas asignaciones de puntuaciones y pesos de las mismas en el cómputo global, todo ello relacionado con la oferta presentada por ALBIE, S.A. y, en especial, la incidencia que ha podido tener el ofrecer determinados precios unitarios a 0 euros.

Pues bien, los criterios de adjudicación establecidos en el PCAP, que tienen el carácter de automático o aplicables mediante fórmulas, se descomponían en dos grandes apartados:

a) El precio que suponía un total de 49 puntos.



b) Aspectos técnicos. Aquí se valoraba una mejora consistente en una renovación de equipamiento, de acuerdo con una memoria técnica, con una valoración aproximada de 399.510 € y en este criterio el licitador asumía o no dicha mejora, valorándose en el primero de los casos, automáticamente, con 51 puntos y en caso contrario, con 0 puntos. No se ofertaba, en consecuencia, un precio sino un compromiso de ejecución de esas mejoras, por lo que ninguna controversia se plantea en este criterio de adjudicación. Hay que resaltar, en ese sentido, que tanto adjudicataria como recurrente ofertaron dicha mejora, por lo que ambos obtuvieron los 51 puntos, pero, en todo caso, este criterio resulta ser el de mayor peso en la adjudicación, el que podía haber resultado definitivo en la valoración final y haber marcado verdaderamente las diferencias entre ambas ofertas.

Por otra parte, el criterio de adjudicación precio con una valoración global de 49 puntos, según el PCAP, se descomponía en los siguientes subcriterios:

1.1 Pensión completa.....30 puntos.

La pensión completa va destinada a los alumnos de la Escuela Nacional de Policía y tiene carácter obligatorio su asunción para los alumnos que residen allí durante su período de instrucción y formación. Este es, con gran diferencia, el subcriterio que marca la diferencia de valoración en el criterio precio y aquí hay que reseñar que según los precios máximos fijados en el anexo 2 de la oferta económica del PCAP, éste únicamente se descomponía en un único precio unitario.

En este subcriterio, frente al precio máximo de 450 €, fijado en el pliego, ALBIE, S.A. ofertó 273,33 € y la recurrente 266,90 € y así fueron valorados, respectivamente, con 28,95 puntos y 30 puntos.

En consecuencia, tampoco se plantea ninguna discrepancia en este subcriterio, en el que no sólo la recurrente obtuvo la máxima puntuación, sino que la adjudicataria ofertó un precio ligeramente inferior, no sujeto a sospecha por parte de la recurrente.

Una primera conclusión del análisis del criterio de mejora del equipamiento y de este subcriterio relativo a la pensión completa, en la que no se plantean dudas por la



recurrente en cuanto a su configuración y resultados, es que entre ambos alcanzan del total de 100 puntos, la cantidad de 81 puntos, lo que refleja su peso concluyente en la clasificación final.

1.2 Servicios sueltos.....3 puntos

En este subcriterio, en el Anexo 2 del pliego, se establecían 3 precios unitarios pero aquí tampoco hay discrepancia, pues ALBIE no ofertó en ninguna de ellas precio de 0 euros, siendo el total ofertado, sumando todos los precios unitarios, de 6,22 €.

1.3 Desayunos, bebidas calientes y otros3 puntos

En el Anexo 2, se configuraron 17 precios unitarios y ALBIE ofertó en 8 de ellos 0 €.

No obstante, en el global del subcriterio, a pesar de los precios unitarios ofertados a 0 €, ascendió a la cantidad positiva total de 4,76 €

1.4. Bebidas frías, vinos, cervezas y otros.....2 puntos

En el Anexo 2, se determinaron 31 precios unitarios y ALBIE ofertó en 8 de ellos 0 €.

Al igual que en el subcriterio anterior, a pesar de los precios unitarios de 0 €, el precio global ofrecido también tuvo resultado positivo, concretado en 7,97 €.

1.5 Artículos cafetería.....5 puntos

107 precios unitarios se determinaron en el anexo 2 y de ellos la adjudicataria ofertó 42 a 0 €.

También en este subcriterio, en cómputo global, se ofreció la cantidad de 49,97 €.

1.6. Artículos máquinas vending.....5 puntos

El anexo 2 fijaba 20 precios unitarios y ALBIE no ofertó ninguno a 0 €, ofertando una cantidad global de 7,75 €.

1.7. Servicios especiales.....1 puntos.

Este subcriterio se descomponía, a su vez, en los capítulos de coffe-breaks con 4 precios unitarios, cocktails (4 precios), almuerzos de trabajo (4 precios), comidas especiales (4 precios) y menús de alto protocolo (4 precios).

En todos ellos ofertó ALBIE distintas cantidades, salvo en los menús de alto protocolo que ofertó todos los precios a 0 euros. No obstante, la cantidad global ofrecida por todos los conceptos fue de 71, 26 €.

En definitiva, del análisis efectuado de todos los criterios y subcriterios de adjudicación se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- Si sumamos las puntuaciones máximas que el PCAP asigna los criterios y subcriterios en los que ALBIE no ha ofertado precios unitarios a 0 euros (mejora del equipamiento- criterio técnico-, pensión completa, servicios sueltos y artículos máquina *vending*), la puntuación global de todos ellos supone 89 puntos, lo que da una idea comparativa del peso que supone el resto de los subcriterios en controversia en la clasificación final de ofertas.
- En el global de todos los criterios y subcriterios, pese a que en algunos de ellos se han ofertado precios unitarios a 0 euros, han resultado, en todos ellos, cantidades superiores a 0 euros.
- Existe una oferta total de ALBIE, S.A. por todos los criterios y subcriterios de adjudicación de 421,26 €, que, por otra parte, no se encuentra muy alejada de la que ha ofertado UCALSA de 584,05 € y, en todo caso, resulta ser la más económica.
- ALBIE, S.A. obtuvo en la valoración del criterio precio, incluidos todos sus subcriterios, la puntuación de 47,95 puntos, frente a los 46,17 puntos obtenidos por UCALSA, lo que supone una diferencia sólo de 1,78 puntos y que refleja que el hecho de ofertar varios precios unitarios a 0 €, no ha tenido una incidencia determinante en la valoración de las dos ofertas.

-ALBIE es la actual adjudicataria del contrato que va a ser sustituido por el que ahora se ha adjudicado, que, además, ya ha sido objeto de prórroga, y, dado su ámbito de ejecución, la Escuela Nacional de Policía de Ávila, en la que los posibles usuarios del servicio a los que se va a prestar son muy determinados (alumnos y funcionarios de la Policía Nacional y del resto de personal adscrito) y limitados (por motivos de seguridad de las instalaciones), es lógico pensar que es conocedora de los productos unitarios y cantidades más y menos demandadas, sus respectivos precios en el mercado y los ofrecidos por sus habituales proveedores con los correspondientes márgenes de beneficios en cada uno de ellos y, por tanto, que dichas circunstancias, con mecanismos compensatorios con otros precios, hayan tenido un reflejo en los precios unitarios ofrecidos, incluidos los de 0 €.

6.- La oferta de ALBIE, S.A. no está incurso en anormalidad, de acuerdo con los parámetros fijados en la cláusula 13 del PCAP que determina:

*“13.- CRITERIOS OBJETIVOS PARA LA APRECIACIÓN DE QUE LA PROPOSICIÓN SEA DESPROPORCIONADA O ANORMAL. Al objeto de identificar una oferta como anormalmente baja se estará a lo previsto por el art. 149 de la LCSP, considerándose desproporcionadas las ofertas que se encuentren en los siguientes supuestos, respecto del precio unitario ofertado en el apartado 1.1 precio por menú pensión completa, de los criterios de adjudicación establecidos en el apartado 12.1 del Cuadro de Características”.
(...)*

El artículo 149.2 LCSP establece que *“La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación deberá identificar las ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad, debiendo contemplarse en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal”* (el subrayado es nuestro), por lo que dentro del ámbito de discrecionalidad técnica que la Ley atribuye a los órganos de contratación para fijar en los pliegos los parámetros que permitan considerar una oferta anormal, en este contrato se decidió que se tomara en cuenta no la oferta en conjunto, con sus distintos conceptos integrantes, sino sólo el precio por menú pensión completa.



Y ateniéndose a ese criterio, la oferta de ALBIE, S.A., pese a lo que se dice en el recurso, no se encuentra en presunción de anormalidad. Esta circunstancia, no sólo es objetivamente comprobable, sino que ha sido reconocida expresamente por el órgano de contratación en el informe sobre el recurso:

“Abiertas las ofertas económicas presentadas se comprueba que ninguna de ellas se encuentra incurso en situación de oferta anormalmente baja o desproporcionada de acuerdo a los criterios establecidos en los Pliegos de Contratación”.

Cuestión distinta es la que se sigue exponiendo a continuación en el citado informe:

“Sin embargo, a la vista del contenido del informe de viabilidad del presente expediente (contrato de concesión de servicios), y atendiendo al contenido del artículo 285.2 de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), se solicitó a tres de las empresas (ALBIE, S.A, UCALSA, S.A y MEDITERRÁNEA DE CATERING, S.L.U.), cuyas ofertas de pensión completa mensual estaban por debajo del importe de 350 € indicado en el informe de viabilidad, que justificaran la viabilidad de sus ofertas en términos de calidad del servicio y precisaran las condiciones de la misma, desglosando detalladamente el nivel de los precios, de los costes o cualquier otro parámetro en base al cual haya definido su oferta, mediante la presentación de toda aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos”.

No habiéndose puesto en tela de juicio en el procedimiento de contratación y ahora en el recurso, no va a entrar este Tribunal al análisis de su legalidad y efectos de esta medida adicional adoptada por el órgano de contratación, por aplicación del principio de congruencia al que estamos sujetos, pero, no obstante, lo que queda fuera de toda duda es que la oferta de ALBIE, S.A., no estaba incurso en anormalidad a tenor de los criterios dispuestos en el artículo 149 LCSP.

En todo caso, como hemos reflejado, con detalle, en los antecedentes de hecho cuarto y quinto y fundamento de Derecho sexto de esta resolución, concedido plazo de alegaciones a ALBIE, S.A. (también a la recurrente), al amparo del artículo 285.2 LCSP, sobre la viabilidad de su oferta, se concluyó con un informe que ya se ha transcrito en



esta resolución, suficientemente justificado y en el que no se observa error alguno, que, se concluye que, sin ninguna duda, la oferta de ALBIE, S.A. se encuentra plenamente justificada.

Por eso, las alegaciones del recurso sobre la existencia de una anormalidad de la oferta de ALBIE, basada en la inclusión de precios unitarios 0 €, carecen de fundamento, a tenor de lo dispuesto en el PCAP y del informe adicional emitido por el Técnico con base en el artículo 285.2 LCSP, confirmado por la Mesa de Contratación.

7.- Por último, vamos a analizar la incidencia que puede tener en la fórmula de valoración de las ofertas establecida en el apartado 12.1 del Anexo 1 del cuadro de características del PCAP, las ofertas de precios unitarios a 0 €, presentadas por ALBIE, S.A., dado que en el recurso se alega que éstas producen el efecto de manipular o desvirtuar la fórmula o impiden su correcta aplicación.

Al respecto, el órgano de contratación en el informe sobre el recurso, con respecto a la aplicación de la fórmula manifiesta:

“Se ha comprobado al realizar la propuesta de adjudicación que la fórmula funciona correctamente con la inclusión en la oferta de productos a precio cero, no produciéndose ningún perjuicio a las licitadoras. Todos los licitadores obtienen puntos proporcionalmente a sus ofertas, no existiendo ningún salto cualitativo como consecuencia de los productos ofertados a 0 euros, por lo que la progresividad de la fórmula ha quedado salvaguardada.

Se adjunta al presente informe, documento “Excel” con las valoraciones obtenidas por las empresas licitadoras.

- Se han realizado varias comprobaciones con respecto al funcionamiento de la fórmula, concretamente se ha recalculado los puntos que obtendrían todas las empresas, si la empresa ALBIE en los productos que oferta a cero euros hubiera ofertado los precios de la siguiente licitadora mejor valorada, en este caso la empresa UCALSA, y el resultado es que sigue siendo la empresa ALBIE la mejor valorada.

Por tanto, la oferta de la mercantil ALBIE sigue siendo la más ventajosa con independencia de los productos ofertados con precio 0.

Consecuentemente no puede quedar acreditado que la empresa ALBIE realice una oferta en fraude de ley, ya que esta oferta no altera el funcionamiento de la fórmula y no queda comprobado que la empresa persiga un resultado contrario al ordenamiento jurídico, sino que siendo la actual adjudicataria y conocedora de la demanda de productos que se consumen, ha utilizado esa información para realizar una oferta ajustada y al mismo tiempo buscando la viabilidad de la prestación del servicio”.

La mercantil ALBIE, S.A., incide en la misma argumentación expresada por el órgano de contratación en el escrito de alegaciones sobre el recurso:

“Pues bien, en el presente caso la oferta de ALBIE no implica en modo alguno que se desvirtúe la fórmula de valoración prevista en el PCAP, ni puede considerarse, como pretende la recurrente, una estratagema matemática para subvertir dicha fórmula.

En este sentido, el hecho de que, como ya hemos señalado, ALBIE oferte un precio positivo para todos y cada uno de los apartados en los que se divide la proposición económica a efectos de su valoración, refiriéndose los precios 0 única y exclusivamente a determinados productos incluidos, a su vez, dentro de dichos apartados, impide totalmente que se produzca el mencionado resultado de desvirtuar la fórmula matemática.

Y ello porque la fórmula matemática tiene en cuenta, en su aplicación, la bajada ponderada efectuada sobre los precios de licitación para cada uno de los apartados objeto de valoración, considerando para el cálculo del porcentaje de baja ponderada la suma de los importes unitarios ofertados (suma que, en la oferta de ALBIE, siempre tiene un resultado positivo) en relación con la suma de los importes unitarios de licitación”.

Este Tribunal coincide con la opinión expresada tanto por el órgano de contratación como por la empresa adjudicataria sobre la aplicación de la fórmula de valoración, que viene expresada en el apartado 12.1 del Anexo 1, del cuadro de características del PCAP:



“La atribución de puntos se efectuará en base a la baja ponderada sobre los precios de licitación para cada uno de los subapartados o grupos (1.1, 1.2, 1.3, 1.4, 1.5, 1.6 y 1.7) en relación con la oferta más económica de este grupo, de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$P = \frac{Bn \times Pg}{Bmx}$$

Siendo:

P: Puntuación a obtener en ese subapartado o grupo.

Bn: Porcentaje de baja ponderada de la oferta que se trata de puntuar para cada uno de los subapartados o grupos.

Práctica del cálculo de ‘Bn’ para cada uno de los subapartados o grupos:

Se suman los importes unitarios ofertados y se halla el porcentaje de baja sobre la suma de los importes unitarios de licitación.

Bmx: Porcentaje de la baja de la oferta más económica para cada uno de los subapartados o grupos.

Pg: Puntuación máxima asignada a cada uno de los subapartados o grupos”.

Como se constata del examen de la cláusula y lo dispuesto en el pliego, en dicha fórmula no intervienen como factor integrante de la misma cada uno de los precios unitarios, aisladamente considerados, sino que se suman los importes unitarios ofertados de cada grupo o subgrupo (por tanto los de 0 € y el resto) y se halla el porcentaje de baja ponderada sobre la suma de los importes unitarios de licitación, siendo el valor numérico de dichos porcentajes obtenidos por grupo y subgrupo, los que se traslada a la fórmula para su valoración. La descripción del componente Bn, es muy concluyente al respecto:



“Bn: Porcentaje de baja ponderada de la oferta que se trata de puntuar para cada uno de los subapartados o grupos”. (el subrayado es nuestro).

Por tanto, lo que prima es la consideración en su conjunto de los grupos y subgrupos a través de sus respectivos porcentajes de bajas.

Siendo, además, como antes vimos, las cantidades ofertadas por la adjudicataria en cada uno de los criterios y subcriterios de adjudicación en sus respectivos cálculos globales superiores a 0 €, no se da un resultado alterado de la fórmula que se podría producir si alguno de los componentes fuera de 0 € o de sentido negativo, en cuanto a su multiplicación o división por alguno otro de los factores que componen la fórmula.

El órgano de contratación, como destaca en su informe elaborado, dentro de su conocimiento técnico especializado, ha realizado distintas comprobaciones matemáticas incluyendo y excluyendo las ofertas de precios unitarios de 0 €, y es muy determinante en su conclusión final antes transcrita en esta resolución que compartimos.

En definitiva, por todas las consideraciones antes expuestas, este Tribunal considera que la oferta realizada por ALBIE, S.A. no ha sido efectuada en fraude de Ley y, en consecuencia, se desestima el recurso interpuesto.

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. T.R.S. en representación de UNIÓN CASTELLANA DE ALIMENTACIÓN, S.A. (UCALSA) contra el acuerdo de adjudicación dictado en la licitación convocada por la División Económica y Técnica del Cuerpo Nacional de Policía para la adjudicación del contrato de *“explotación servicio de cafetería, restaurante y de máquinas expendedoras de alimentos y de bebidas (vending), en la Escuela Nacional Policía, Ávila, que da servicio a alumnos y funcionarios”*, con expediente referencia Z22CO001/060



Segundo. Inadmitir el recurso interpuesto por D. T.R.S. en representación de UNIÓN CASTELLANA DE ALIMENTACIÓN, S.A. (UCALSA) contra la propuesta de adjudicación del contrato antes referido, adoptada por la Mesa de Contratación y reflejada en el acta de 9 de junio de 2022, por no ser un acto susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Tercero. Alzar la medida cautelar consistente en la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato.

Cuarto. Declarar que no se aprecia mala fe ni temeridad en la interposición del presente

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 al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.