



Recurso nº 762/2019

Resolución nº 1225/2019

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

En Madrid, a 04 de noviembre de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. E. G. P., en nombre y representación de AGILITY SPAIN S.A., contra la resolución de la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa de 13 de mayo de 2019, de adjudicación del Lote I del *“Acuerdo Marco de servicios de operador logístico para el Ministerio de Defensa”*, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por resolución de 17 de octubre de 2017 de la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa, se aprobó la Orden de inicio del Acuerdo Marco de servicios de operador logístico para el Ministerio de Defensa. Este mismo órgano aprobó, el 31 de mayo de 2018, el expediente de contratación, los pliegos y la apertura del procedimiento de adjudicación del citado Acuerdo Marco.

El valor estimado es de 241.800.000,00 €

Segundo. La licitación se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 1 de junio de 2019.

Tercero. En el Lote I se admitieron cuatro licitadores, tres de los cuales concurrían en UTE, y se les invitó a presentar oferta. Tras la tramitación del procedimiento y la valoración de los criterios de adjudicación, se identificó a las ofertas incursas en presunción de anormalidad, otorgando a las empresas afectadas plazo para que presentaran la documentación justificativa. Estas empresas eran SERVICIOS LOGÍSTICOS INTEGRADOS, S.A.U. (en adelante, SLI), que era la que había obtenido mejor puntuación y la UTE KUEHENE&NAGEL,



S.A./BEYOND SOLUCIONES Y SERVICIOS S.L.U. (en adelante UTE K&N/BESS), clasificada en segundo lugar.

Una vez recibida la justificación, el órgano de contratación considero adecuada la misma y propuso la adjudicación del lote en favor de SLI.

Cuarto. El 29 de mayo de 2019 se dictó resolución de adjudicación del Lote I en favor de SLI. Disconforme con la resolución de adjudicación, AGILITY SPAIN S.A., (en adelante, AGILITY) que presentó oferta en UTE junto con G&B PACKING COMPANY INC. formula recurso especial en materia de contratación.

Quinto. El 9 de julio de 2019, la Secretaria General del Tribunal, actuando por delegación del mismo, resolvió mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, al considerar que, de los motivos que fundamentan el recurso, se pone de manifiesto que los perjuicios que podrían derivarse del levantamiento de la suspensión son de difícil o imposible reparación.

Sexto. El 1 de agosto de 2019, este Tribunal dictó resolución en la que concedió a la recurrente acceso al expediente, requiriendo el 5 de agosto para que se determinaran que aspectos revestían el carácter de confidencial.

La recurrente presentó alegaciones complementarias. De dicho escrito se dio traslado al órgano de licitación que ha emitido informe. También han formulado escrito de alegaciones SLI y BEYOND SOLUCIONES Y SERVICIOS, una de las empresas que forman parte de la UTE clasificada en segundo lugar. Las alegaciones de esta última empresa no se tendrán en cuenta porque suponen en realidad utilizar esta vía para impugnar la adjudicación al margen de la interposición del recurso especial en materia contractual, pretendiendo que se le adjudique el contrato.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver corresponde a este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector



Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

Segundo. El recurso ha sido interpuesto en plazo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Tercero. El recurrente está legitimado, pues se trata de una empresa cuya oferta quedó clasificada en tercer lugar, impugnando la justificación de las ofertas incursas en presunción de anormalidad realizadas por la primera y segunda clasificadas, por lo que, de estimarse el recurso, se derivaría de dicha estimación una ventaja directa para su esfera jurídica al quedar excluidas la primera y segunda clasificadas.

Cuarto. AGILITY manifiesta que, con la intención de formular este recurso, solicitó acceso al expediente de contratación y, en particular, a la documentación relativa a la baja anormal de LSI y UTE K&N/BESS: oferta económica, escritos y documentación adjunta presentada tras el requerimiento para justificar las bajas anormales e informe técnico. En respuesta a esta solicitud, el Ministerio de Defensa le remitió un correo en el que indica que las ofertas económicas están disponibles para su acceso en la Junta de Contratación, que los escritos justificativos y documentación adjunta han sido declarados confidenciales por ambas licitadoras y que el informe técnico está accesible en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

La recurrente entiende que la declaración de confidencialidad la han hecho las licitadoras sin justificación alguna y sin que el órgano de contratación las haya requerido para que la justificasen y delimitasen, con lo que se hace prevalecer el principio de confidencialidad sobre el de publicidad y el derecho de defensa. Esta declaración de confidencialidad, tal y como está formulada, impide a AGILITY poder impugnar la adjudicación con las debidas garantías, pues la adecuada fundamentación del recurso exige, en su criterio, conocer dichos documentos.

Afirma que la regulación sobre la materia establece la regla general del acceso al expediente, siendo la confidencialidad una excepción. La confidencialidad declarada por LSI y la UTE K&N/BESS, no afecta a la totalidad de sus ofertas, pero sí a la totalidad de las justificaciones



de sus ofertas anormalmente bajas. Por otra parte, la aceptación por la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa ha sido totalmente inmotivada.

A la vista de todo ello, solicita de este Tribunal que, en aplicación del artículo 29.3 del Real Decreto 814/2015, se le conceda el acceso a dicha documentación en las oficinas del Tribunal, de forma previa al trámite de alegaciones complementarias al presente recurso, concediendo también plazo al órgano de contratación para que emita el correspondiente informe y a los terceros interesados que hubieran comparecido para que puedan formular alegaciones. En el caso de que no se estimase esta alegación, debe acordarse la retroacción de actuaciones al momento posterior a la notificación de la adjudicación, a fin de que se le permita el acceso a la documentación.

Como consecuencia de esta alegación y con base en el precepto citado, se otorgó acceso al expediente, excepto a aquellos documentos calificados expresamente como confidenciales.

En el escrito de recurso, se señala que va a realizar un “intento casi a ciegas” de impugnación de la adjudicación y de la segunda oferta, con base en lo expuesto en el informe técnico elaborado sobre la viabilidad de las ofertas inicialmente incursas en valores anormales. De acuerdo con éste y, en relación con LSI, se dice que existen cinco valores extremos de cinco servicios a coste cero en concepto de “recargo de presupuesto” y uno más en un determinado servicio en aeronaves. Indica la recurrente que lo que no dice el informe es que estos servicios son los que tienen más peso relativo en la oferta, lo que exigiría un mayor nivel de justificación. Esta necesidad de justificación se motiva porque en el informe técnico se dice que “respecto el coste aéreo de cargo CARGOPLANET un descuento del 2%, o por marítimo un 1,25% de comisión sobre fletes suscrito con DAGAR LIMES”; con ello, parece entreverse que si lo que se factura al Ministerio de Defensa es el coste del servicio sin aplicar un recargo, el beneficio está implícito en el coste, y sobre ese coste se aplica el descuento, es decir, el adjudicatario sí que está percibiendo, vía descuento, ese recargo que dice que es cero.

En las alegaciones complementarias tras tener acceso a documentación adicional, reitera lo aquí indicado, señalando que ese criterio según el cual, además de que no se apliquen recargos (coste cero), se permite un descuento, debería haber sido conocido por los



licitadores en el momento de presentar sus ofertas económicas, con el fin de mantener la igualdad entre licitadores.

Continúa el recurso diciendo que el informe que considera viable la oferta, también indica que la empresa basa su justificación de la baja en su formidable estructura empresarial, sus acuerdos de negocio con terceras empresas, precios de determinados servicios fijados en el expediente actual por encima de idénticos servicios por los que se están facturando cantidades inferiores en la ejecución actual de acuerdo marco y un conocimiento exhaustivo de las necesidades del Ministerio de Defensa, obtenido tanto como consecuencia de ser la adjudicataria actual, como del anexo de históricos que se hace constar en el pliego de prescripciones técnicas. Para el recurrente, “formidable estructura empresarial” o los datos económicos pueden tener diversas interpretaciones, por lo que se haría necesario analizar la justificación ofrecida por los licitadores para juzgar la viabilidad.

Por lo que se refiere a la UTE K&N/BESS, el informe hace referencia a que su oferta económica contempla cinco servicios a coste cero, en concepto de recargo sobre presupuestos, por lo AGILITY, se remite a lo dicho anteriormente. Lo que considera especialmente criticable es que se valore positivamente la justificación cuando se dice que alegan numerosos acuerdos preferentes de capacidad y precio, aunque de los mismos no se ha remitido ningún tipo de datos: documentos acreditativos, descuentos o comisiones acordadas.

Quinto. El órgano de contratación manifiesta en su informe que la justificación ofrecida por los licitadores incursos en presunción de anormalidad revistió carácter confidencial, pues en dicha justificación podían contenerse datos explícitos sobre procedimientos de gestión, económicos o estratégicos. La Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, contempla el uso de la confidencialidad por parte de las empresas, como herramienta para proteger información que abarca no sólo conocimientos técnicos o científicos, sino también datos empresariales relativos a clientes y proveedores, planes comerciales y estudios o estrategia de mercado. En virtud de lo establecido en el artículo 3 de dicha norma, la Junta de Contratación no está en disposición de difundir la documentación solicitada por el recurrente



En cuanto al informe técnico, la evaluación se ha centrado en los ámbitos considerados fundamentales, la estructura empresarial y medios de las empresas licitadoras, acuerdos de negocio con terceros y conocimiento de las necesidades del Ministerio de Defensa. Señala también el órgano de contratación que la doctrina de los Tribunales establece que, en caso de aceptación de una oferta incurso en presunción de anormalidad, no se exige que el acuerdo de adjudicación explicita los motivos de aceptación.

En su informe a las alegaciones de la recurrente, tras el acceso al expediente, indica que la valoración de la oferta se hizo en un momento anterior al del análisis de la justificación presentada en relación con las ofertas incursas presuntamente en valores anormalmente bajos. Lo que se cuestiona por la recurrente no son los puntos otorgados a las ofertas, sino la decisión acerca de si la oferta incurso en presunción de anormalidad puede ser cumplida. Vuelve a insistir en que, para ello, se ha tenido en cuenta la doctrina reiterada de los Tribunales de contratos, según la cual, en caso de exclusión de una oferta incurso en presunción de temeridad es exigible que se fundamenten los motivos que justifiquen tal exclusión. Por el contrario, en el caso de conformidad, no se exige que el acuerdo de adjudicación explicita los motivos de aceptación. Sin embargo, en este caso, sí se han explicitado los criterios que han llevado a admitir la justificación de cara a garantizar la transparencia.

Se ha analizado la justificación en su conjunto, siendo sólo uno de los elementos fundamentales el que es objeto de alegación por la recurrente. Indica que los acuerdos comerciales dependen de la capacidad e interés de la empresa en alcanzarlos y la Administración no debe entrar en estos temas. No obstante, dice que los acuerdos ofertados alcanzan a 145 líneas de oferta en el tarifario objeto de la oferta y no sólo a aquellos en los que la recurrente pone su acento. Por lo que se refiere a estos últimos, dice que se trata de servicios aceptados por la Administración previo presupuesto con la posibilidad de que la adjudicataria los grave con un porcentaje de recargo. En los casos de oferta de presupuesto sin recargo, el precio deberá estar ajustado a mercado y la Administración no va a entrar en la descomposición de las diferentes partidas. Añade que, mediante acuerdos comerciales, la empresa se garantiza no perder dinero en determinados servicios lo que implica una garantía para la Administración de que el contrato puede ser cumplido. Aunque esta garantía no



depende sólo de este factor, sino de otros. Por otra parte, considera que los descuentos comerciales que pueda recibir la empresa adjudicataria los son en cumplimiento de unas condiciones que, en muchos casos, le supone un notable riesgo financiero, de lo que da un ejemplo concreto. Añade que las condiciones de estos acuerdos comerciales están sujetas a revisiones temporales y modificaciones unilaterales, por lo que pueden variar al alza o a la baja e, incluso, desaparecer en un momento determinado. Por tanto, en ningún caso estos acuerdos son determinantes a la hora de rechazar o aceptar la oferta en cuestión como viable, analizados de manera independiente.

En cuanto a la alegación de que la Administración debería haber dado a conocer que era admisible, además de no aplicar recargos, aplicar descuentos, afirma que la Administración no ha permitido descuentos de ningún tipo; los descuentos los obtendrá la contratista de terceros, en función de sus acuerdos comerciales.

Sexto. Por su parte, SLI comienza señalando que la documentación e información a la que la recurrente ha tenido acceso, le permite conocer el contenido de las ofertas y su justificación pues se le han facilitado las ofertas económicas, el informe del Ministerio de Defensa, y el contenido íntegro de las solicitudes de justificación donde figuran los elementos concretos que luego se analizaron para entender o no viables dichas ofertas. Los contenidos esenciales de la propia justificación de las ofertas se han publicado a través del informe.

A pesar de la confidencialidad, se hace referencia en el informe a los cuatro elementos empleados para poder ofertar los descuentos, a la información específica sobre los acuerdos comerciales de SLI con identificación concreta de las empresas firmantes, el tipo de acuerdo y hasta el importe económico y concepto. Esta información guarda relación con unos 55 valores ofertados sobre un total de 129, cuyo peso relativo equivale al 69,5% del total ofertado. También se contiene información específica, con cifras concretas, sobre la estructura empresarial del grupo societario que guarda relación con unos 22 valores ofertados, cuyo peso relativo equivale a un 16,4%. Por último, se ha tenido acceso a información específica sobre las ventajas derivadas de ser el operador logístico actual para el Ministerio de Defensa que guarda relación con unos 34 valores ofertados, cuyo peso relativo equivale a un 6,6%



del total. En conclusión, por lo que se refiere a su oferta, el Ministerio de Defensa ha publicado información relativa a 11 valores de 129, cuyo peso relativo equivale al 92,5%.

En cuanto a la UTE K&N/BESS, no es que no se haya dejado acceder a la documentación, es que no se ha presentado más que la que se indica en el informe.

La motivación de por qué se han considerado viables ambas ofertas, se encuentra expresada en el propio informe sobre viabilidad, al que se ha dado acceso completo.

Precisamente, sobre la justificación de la baja, la recurrente alega que había que ofertar 129 valores que consisten en las siguientes alternativas en función de cada servicio: i) un recargo sobre el presupuesto del servicio de transporte; ii) un precio mínimo que se aplica solo cuando el precio unitario también ofertado multiplicado por el peso transportado no alcanza dicho mínimo; iii) una variable por kg; iv) un precio unitario fijo; v) una variable por tonelada flete; vi) un precio unitario por tonelada flete; vii) una variable por km; y viii) combinaciones entre distancias y kg.

A su vez, cada valor tiene un peso en el total diferente, de forma que la oferta económica está altamente disgregada en valores y ninguno tiene un peso fundamental. Por ello, alega, el hecho de incluir precios o valores cero no impide que la oferta sea viable o rentable. A ello se añade que los servicios de lote I son de operador logístico para el transporte internacional, por lo que las tareas consisten en la gestión del transporte, no en su ejecución material con medios propios. Por ejemplo, si el licitador introduce un valor cero de recargo no quiere decir que esté ofreciendo un transporte aéreo gratuito sino que únicamente la gestión aparejada a la contratación y supervisión de la ejecución de este tipo de transporte se realiza sin coste para la entidad contratante, porque el licitador estima que puede obtener su remuneración por otras vías (comisiones que las compañías transportistas le reconocen) o por compensación con otros servicios cuyos valores ofertados coinciden con el máximo permitido.

En relación con la alegación del recurso sobre los cuatro servicios de transporte aéreo cuyo valor de oferta tiene un peso del 7,5% y para otro servicio que tiene un peso del 6,55%, dice que respecto de los cuatro valores citados, el recargo cero sobre el presupuesto implica que SLI no cobra por la gestión para la obtención de los presupuestos de transporte aéreo para



los cuatro tipos de aeronaves. Además, la diferencia con los valores ofertados por los otros dos licitadores es mínima. La UTE recurrente incluyó recargos de 0,65%, 0,65%, 0,405 y 0,30% y K&N/BESS también ofreció 0. En todo caso, el valor 0 puede compensarse por los porcentajes de comisión pactados con la empresa de transporte que han sido publicados por el Ministerio de Defensa o con otros servicios del Lote I.

En cuanto al otro servicio que SLI oferta en cero, se corresponde con un precio mínimo respecto del que SLI ha ofertado un precio unitario de 1,59€/kg.

Por último, indica que los valores cero de su oferta sólo son 7 casos de 129 valores ofertados y se corresponden únicamente con recargos cero sobre presupuesto. SLI tiene suscritos acuerdos *intercompany* que le permiten beneficiarse de costes mínimos o cero y el grupo empresarial al que pertenece, con su alto volumen de facturación le permite una alta capacidad de negociación con terceros. Asimismo, y como se ha indicado es el actual adjudicatario del servicio y esta experiencia le otorga una ventaja legítima, reconocida con carácter general por este Tribunal, para poder ajustar sus precios a las necesidades del Ministerio.

Concluye su escrito, citando las normas y la doctrina de este Tribunal y de otros Tribunales de contratos que, a su juicio, avalan la declaración de confidencialidad, así como de la debida justificación de la viabilidad de la oferta.

En el escrito de contestación a las alegaciones de la recurrente tras el acceso al expediente, en primer lugar, se ratifican en lo alegado ya, manifestando que la falta de argumentos más que en una supuesta falta de información o conocimiento del expediente por parte del recurrente, supone que SLI ha demostrado que su precio es viable y está en condiciones de cumplir el contrato.

Señala que no es cierto que la recurrente no haya tenido acceso a la tabla tarifaria, pues la misma está publicada en el perfil del contratante. A lo que no ha tenido acceso es a una tabla aportada por SLI para justificar la viabilidad económica de su oferta y es confidencial por cuanto detalla la estrategia comercial de la compañía para conseguir determinados descuentos.



En todo caso, rechaza la petición de que se retrotraigan las actuaciones al momento de la presentación de las ofertas, pues se confunde por la recurrente la valoración de las ofertas de acuerdo con los criterios del pliego, con la justificación de una oferta presuntamente anormal. En el caso que nos ocupa, la valoración de la oferta económica se basa en un criterio automático de descuento con un peso de 95% de la puntuación. El pliego incorpora la fórmula para la distribución de la puntuación entre las ofertas. La Administración no ha cometido error alguno en el cálculo, ni ha aplicado criterio adicional alguno respecto de las ofertas económicas, simplemente ha entendido justificada la viabilidad económica de la oferta. El hecho de que SLI pueda acceder a determinados descuentos forma parte de su libertad de empresa. En definitiva, es legítimo que el licitador no traslade a la Administración recargo alguno por su gestión en la obtención de determinados servicios de un tercero y que pueda cobrar de dicho tercero una compensación económica en atención a la propia negociación entre privados.

Séptimo. Son dos, por consiguiente, las cuestiones planteadas en este recurso: el alcance de la declaración de confidencialidad de los documentos presentados para justificar la viabilidad de las ofertas, y si efectivamente se justificó que la prestación puede realizarse con los valores expresados. Aunque este Tribunal acordó otorgar acceso al expediente, como parte de él sigue siendo confidencial, el recurrente, en su escrito de alegaciones, sigue manifestando su queja.

Este Tribunal se ha pronunciado en numerosas ocasiones en relación con la ponderación de los principios de publicidad y de confidencialidad. Así, en nuestra Resolución 634/2017 decíamos:

“Procede recordar que, según ha declarado este Tribunal reiteradamente, ni el principio de confidencialidad es absoluto, ni tampoco lo es el de publicidad. El principio de confidencialidad es una excepción al principio de acceso al expediente que se configura como una garantía del administrado en el momento de recurrir. Como tal excepción debe hallarse justificada por la necesidad de protección de determinados intereses, correspondiendo a quien ha presentado los documentos cuyo acceso se quiere limitar la carga de declarar su confidencialidad. Así, en la Resolución 506/2014, este Tribunal señaló lo siguiente: “El



Tribunal se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el alcance de la declaración de confidencialidad de las ofertas realizada por los licitadores al amparo del artículo 140 TRLCSP. De entre las resoluciones en que se recoge tal doctrina -que coincide básicamente con la que citan el recurrente y el órgano de contratación- la Resolución nº 288/2014, de 4 de abril, sintetiza la doctrina del siguiente modo: b) Respecto a la falta de acceso de la recurrente a la oferta técnica de la adjudicataria, con base en el principio de confidencialidad. Al principio de confidencialidad se refiere el art. 140.1 del TRLCSP al disponer que 'sin perjuicio de las disposiciones de 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 éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas'. Por su parte, el artículo 153 del TRLCSP prevé la posibilidad de que el órgano de contratación no comunique determinados datos relativos a la adjudicación cuando considere que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, ser contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas. Este artículo hace referencia a la 'divulgación de la información'; dentro de este concepto genérico ha de entenderse incluido el acceso a los documentos que contienen la información referida, cuyo acceso se verá limitado en igual medida. El Tribunal viene entendiendo que, en el conflicto entre el derecho de defensa del licitador descartado y el derecho a la protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario, se ha de buscar el necesario equilibrio de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario (por todas, Resoluciones 199/2011 y 62/2012, antes citadas). A estos efectos, este Tribunal entiende que esta obligación de confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario, habida cuenta de que el propio artículo 140.1 del TRLCSP garantiza que este deber de confidencialidad no debe perjudicar el cumplimiento de las obligaciones en materia de publicidad e información que debe darse a candidatos y licitadores, obligaciones entre las que se encuentran incluidas las enumeradas en el artículo 151.4 del TRLCSP, habiendo entendido el Tribunal (Resolución 45/2013, de 30 de enero) que una extensión de la confidencialidad a toda la proposición del adjudicatario podría estar incurso en fraude de ley en los términos previstos en el artículo 6.4 del Código Civil. En la Resolución 62/2012 el Tribunal concluyó que 'puesto que la adjudicataria del contrato de forma



indiscriminada ha calificado como confidencial toda la documentación incluida en su proposición, cuestión ésta del todo improcedente, corresponderá al órgano de contratación, al objeto de dar cumplimiento al principio de publicidad y transparencia consagrado en la LCSP (ahora TRLCSP) y así motivar suficientemente la adjudicación, determinar aquella documentación de la proposición de la empresa adjudicataria que, en particular, no afecta a secretos técnicos o comerciales o no se corresponde con aspectos confidenciales, siendo necesario que se justifique debidamente en el expediente, y en su caso a la propia UTE recurrente -de solicitarlo expresamente la misma-, las causas que determinan el carácter confidencial de la citada documentación, sin que como consecuencia de ello pueda resultar la motivación de la adjudicación insuficiente a los efectos de interponer recurso especial suficientemente fundado". Por otro lado, procede hacer referencia a la doctrina sentada por este Tribunal en cuanto al alcance y funcionalidad del trámite de vista del expediente. Así, en la Resolución 131/2015 indicábamos que "debe recordarse también que, como ya advirtió este Tribunal en la resolución 852/2014 (de la que es en gran medida tributaria la exposición precedente), en tanto dicho acceso tiene un carácter meramente instrumental (vinculado a la debida motivación de la resolución como presupuesto del derecho de defensa del licitador descartado, tal y como se ha dicho antes) y dado que la forma habitual de dar conocimiento a los interesados de la motivación del acto adjudicando el contrato es la notificación del mismo, no sería imprescindible dar vista del expediente al futuro reclamante más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar la reclamación, no obstante la motivación plasmada en la notificación." En esta misma línea, en la Resolución 248/2015 razonábamos como sigue: "Alguno de los recurrentes también ha manifestado que el órgano de contratación no le ha permitido tener acceso al contenido completo del expediente incluso una vez efectuada la adjudicación, ocultándose, en particular, la documentación presentada por la finalmente adjudicataria, con lo que no ha sido posible rebatir adecuadamente los argumentos de los técnicos en el recurso. Pues bien, tal derecho encuentra su fundamento en la necesidad de conocer los elementos de juicio que han servido de fundamento al acto impugnado, por lo que debe ser considerado como de carácter subsidiario respecto de la obligación de notificar adecuadamente el mismo".

Aplicando la doctrina anterior al caso que nos ocupa, la misma, aunque referida a las ofertas técnicas de los licitadores, es predicable también de la documentación presentada como justificación de los valores anormalmente bajos de las ofertas.

Habiéndose declarado la confidencialidad de esa documentación, el órgano de contratación debió hacer un juicio sobre la misma, para determinar si efectivamente toda la señalada afectaba a secretos técnicos o comerciales y aspectos confidenciales de las ofertas. No resulta de aplicación al ámbito de la contratación del sector público, la Ley 1/2019, de 2.0 de febrero, de Secretos Empresariales, sino que la cuestión se rige por su normativa específica. Por ello, se acordó permitir el acceso al expediente, en la parte no confidencial.

En cuanto a su alegación complementaria, cabe decir que, tal y como se ha indicado, el derecho de acceso al expediente y, en este caso, a la documentación justificativa de los valores anormales de las ofertas, tiene un carácter instrumental, de manera que sólo cabe estimar la vulneración del mismo si con la denegación de acceso, se ha perjudicado el derecho de defensa del recurrente. Es decir, que, si éste, ha tenido acceso a documentos e información suficiente para conocer los motivos de la aceptación de la justificación, no ha lugar a estimar la pretensión de acceso a los solicitados.

En este sentido, el examen del informe técnico revela que, de forma sucinta, se recogen los contenidos de los documentos de justificación presentados, de manera que el recurrente, de hecho, aunque afirme que “a ciegas” ha podido conocer las razones del técnico para proponer la aceptación de la justificación y ha podido combatirlas. A ello, se han añadido documentos adicionales. Por tanto, tal y como se apuntó antes, no cabe apreciar vulneración de su derecho de defensa.

Octavo. En cuanto a la justificación de los valores anormales, el artículo 149.6 de la LCSP prevé que el órgano de contratación excluya de la licitación a las ofertas incursas en aquellos, cuando estimase que la información recabada no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos. En este caso, el licitador con la oferta mejor valorada, alegaba, como recogimos antes, cuatro pilares que justificaban su oferta: Su formidable estructura empresarial, sus acuerdos de negocio con terceras empresas, precios de determinados servicios que se han fijado en el pliego por encima de los que están facturando



por idénticos servicios en la ejecución del acuerdo marco vigente actualmente del que son adjudicatarios y un conocimiento exhaustivo de las necesidades del Ministerio que le permite discernir entre servicios que se utilizan más y aquellos que se demandan menos, derivado, por una parte, de su actual vinculación al expediente en vigor (como adjudicatarios del mismo) y por otra, del Anexo de Históricos que forma parte del pliego de prescripciones técnicas.

Excepto la primera de las justificaciones, más propia de la solvencia, el resto sí tiene que ver con la ejecución de la prestación y se basan, bien por el hecho de ser la actual adjudicataria, bien por tener acuerdos con otras empresas, que se aportan como anexos al escrito de justificación y que se relacionan en el informe.

En este sentido la Resolución 1213/2018 recogiendo el contenido de la Resolución 572/2018 y de otras muchas, indica que:

“La decisión, sobre la justificación de la viabilidad de las ofertas incursas en valores anormales o desproporcionados, corresponde al Órgano de Contratación, atendiendo a los elementos de la proposición y a las concretas circunstancias de la empresa licitadora y valorando las alegaciones del contratista y los informes técnicos emitidos, ninguno de los cuales tienen carácter vinculante. Como hemos reiterado en numerosas resoluciones, la finalidad de la Legislación de Contratos es que se siga un procedimiento contradictorio, para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados, sin comprobar, antes, su viabilidad. No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan, al órgano de contratación, llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo.

En caso de exclusión de una oferta incurso en presunción de temeridad, es exigible que se fundamenten los motivos que justifiquen tal exclusión. Por el contrario, en caso de conformidad, no se exige que el acuerdo de adjudicación explicita los motivos de aceptación.

Como también señala la nueva Directiva sobre Contratación Pública (Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero), en su artículo 69.3, “El poder adjudicador evaluará la información proporcionada, consultando al licitador. Solo podrá rechazar la oferta, en caso de que los documentos aportados no expliquen, satisfactoriamente, el bajo nivel de los precios o costes



propuestos...” En el mismo sentido, en nuestra Resolución 832/2014 señalamos que: En aquellos casos en los que el informe técnico no comparta la justificación dada por el licitador para justificar la anormalidad de su oferta, resulta evidente que debe motivarse el informe, pues éste tendrá que salir al paso de lo alegado por el interesado, rebatiendo su argumentación.

De otra parte, en la Resolución 786/2014, citando la Resolución 677/2014, señalamos que “la revisión de la apreciación del órgano de contratación, acerca de la justificación de las ofertas incursas en presunción de temeridad, incide directamente en la discrecionalidad técnica de la Administración y, a tal respecto, es criterio de este Tribunal (Resoluciones 105/2011 y las 104 y 138/2013) que la apreciación hecha por la entidad contratante del contenido de tales justificaciones, en relación con el de las propias ofertas, debe considerarse que responde a una valoración de elementos técnicos que, en buena medida, pueden ser apreciados, en función de parámetros o de criterios cuyo control jurídico es limitado. Aun así, hay aspectos que, aun siendo difíciles de controlar jurídicamente, por venir determinados por la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, pueden y deben ser revisados por el Tribunal. Tal es el caso de que, en una oferta determinada, puedan aparecer síntomas evidentes de desproporción que impidan, sin necesidad de entrar en la apreciación de criterios puramente técnicos, la ejecución del contrato en tales condiciones.”

Continúa la Resolución 786/2014 declarando que “para desvirtuar la valoración realizada por el Órgano de Contratación en esta materia, será preciso que el recurrente ofrezca algún argumento que permita considerar que el juicio del Órgano de Contratación, teniendo por justificadas las explicaciones dadas por el licitador, cuya oferta se ha considerado, inicialmente, como anormal o desproporcionada, resulta infundado o apreciar que se ha incurrido, en ese juicio, en un error manifiesto y constatable...”

Por lo tanto, es competencia de este Tribunal, analizar si la justificación del licitador, cuya oferta es considerada anormal o desproporcionada, resulta suficiente o no, en los términos a que hemos hecho referencia antes, con cita de nuestra doctrina, análisis que exige considerar el requerimiento del órgano de contratación y los aspectos que éste prevé como exigibles y la justificación remitida al respecto por el licitador”.

A juicio de este Tribunal la doctrina que acabamos de recoger ha sido respetada en el caso ahora controvertido, toda vez que se ha seguido el procedimiento de contradicción previsto en la LCSP y el informe técnico emitido ofrece un elenco de razones dirigidas a justificar la viabilidad de la oferta presentada por la empresa, valoraciones de las que no es posible inferir error manifiesto, arbitrariedad, ni discriminación.

Por todo lo expuesto, no existiendo irregularidad procedimental alguna, ni constando error manifiesto, arbitrariedad o discriminación en el contenido de los mismos, procede la desestimación de este motivo.

Una vez desestimada la pretensión de exclusión de la empresa adjudicataria, no procede entrar a analizar la justificación de la oferta incurso en presunción de anormalidad de la segunda clasificada.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. E. G. P., en nombre y representación de AGILITY SPAIN S.A., contra la resolución de la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa de 13 de mayo de 2019, de adjudicación del Lote I del *“Acuerdo Marco de servicios de operador logístico para el Ministerio de Defensa”*.

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

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 58.2 LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente 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.