



Recurso nº 569/2020

Resolución nº 884/2020

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

En Madrid a 31 de julio de 2020.

VISTO el recurso interpuesto por D. F. N. M., en representación de OBRASCON, HUARTE, LAIN S.A., (en adelante, OHL) y de SOCIEDAD ANÓNIMA TRABAJOS Y OBRAS, (en adelante SATO y, conjuntamente con OHL, la UTE OHL-SATO) contra su exclusión y el acuerdo de adjudicación del contrato relativo al proyecto y la obra para el “*Acondicionamiento de la parcela 8.2.3 para PDI de automóviles (puerto de Santander) (silo con planta baja y primer forjado)*”, expediente: p. 343, adoptado por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santander; el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La licitación que nos ocupa se publicó mediante anuncio publicado en el DOUE y la Plataforma de Contratación del Sector Público el 9 de agosto de 2019 y el 13 de agosto en el Boletín Oficial del Estado (BOE), como contrato del Proyecto y Obra, con un valor estimado de de 20.484.051,24 euros.

Segundo. La cláusula 14.8 del PCAP señala que “*La mesa de contratación determinará aquellas ofertas que pudieran estar incursas en presunción de anormalidad por su bajo importe en relación con la prestación*”. Y el Apartado 10 del Cuadro de Características del PCAP prevé que, a los efectos de la “*Identificación de las ofertas en presunción de anormalidad por su bajo importe*”, se deberá acudir al “*Anexo VI del Pliego*”.



Tal Anexo VI, “CRITERIOS OBJETIVOS QUE SERVIRÁN DE BASE PARA LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO”, en el apartado “II.- CRITERIOS DE EVALUACIÓN CUANTITATIVOS” señala:

“...Presunción de anormalidad por bajo importe de una oferta

Siendo:

BO: Baja de la oferta económica (%).

BR: Baja de Referencia (%), calculada como se indica a continuación.

BM: Baja Media (%), calculada como se indica a continuación.

Se entenderán ofertas incursas en presunción de anormalidad por su bajo importe aquellas cuyas BO correspondientes superen los siguientes valores:

- Para un número n de ofertas económicas “contemplables” mayor o igual que cinco (5):

$$BO > BR + 4$$

- Para un número n de ofertas “contemplables” menor que cinco (5):

$$BO > BM + 4$$

Se denominan ofertas económicas “contemplables” a las ofertas admitidas administrativa y técnicamente, una vez excluidas aquellas correspondientes a las propuestas situadas en el intervalo de calidad técnica inaceptable, así como aquellas que, a estos efectos, no deban ser consideradas por pertenecer a un mismo grupo.

Los cálculos de la Baja Media (BM) y de la Baja de Referencia (BR) se realizarán de la forma siguiente:

Ofj = Importe de la oferta genérica “contemplable” j (incluida en el conjunto de las citadas n ofertas



"contemplables") y

PB = Presupuesto base de licitación, que figura en el cuadro de características del pliego.

(Y siguen fórmulas matemáticas)"

-Por otra parte, en el Anexo IV del PCAP dedicado a la "documentación técnica que debe presentar el licitador y aspectos de valoración" señala:

"La puntuación de la propuesta técnica se justificará mediante la evaluación de los documentos anteriores en los siguientes aspectos:

- a) Memoria constructiva*
- b) Programa de trabajo*
- c) Control de calidad*
- d) Características medioambientales*
- e) Tecnología e I+D+i*
- f) Criterios sociales*

Cualquier error de medición en las unidades de obra, que den lugar posteriormente a la alteración del importe de la oferta, se considera imputable al contratista y por tanto no será objeto de abono. Se excluye de este criterio la unidad de obra de cimentación profunda, por la incertidumbre en el perfil geotécnico y la variación de los parámetros resistentes del nivel de empotramiento de pilotes".

-La cl. 21 del PCAP señala:

"21. Régimen de las modificaciones del contrato

Las modificaciones del contrato, cuando procedan, se ajustarán a lo dispuesto en los artículos 203 y siguientes de la LCSP. En el cuadro de características del presente pliego



se indican las unidades de obra que pueden dar lugar a modificaciones de contrato previstas en este pliego. Corresponden a unidades de obra con incertidumbre en medición que no puede resolverse en la fase de proyecto, pero que durante la ejecución de la obra son susceptibles de medición objetiva.”

Y el ap. 27 de Cuadro de características de PCAP señala:

“27.- MODIFICACIÓN DEL CONTRATO

MODIFICACIONES PREVISTAS SÍ (X) NO ()

LÍMITES, ALCANCE, NATURALEZA, CONDICIONES Y CIRCUNSTANCIAS OBJETIVAS DE LA MODIFICACIÓN *Incremento de medición en la unidad de pilotes prefabricados hincados, con el límite del 20% del importe del contrato (IVA excluido), debido a la incertidumbre en la cota media del techo del sustrato de empotramiento de pilotes, y de la profundidad de empotramiento de cada pilote debido a la heterogeneidad del terreno.”*

-El ap. 4 de Cuadro de características señala que no se admiten variantes, pero sí mejoras.

-La cl. 14 del Pliego de Bases Técnicas (PBT) señala:

“Una vez adjudicada la obra de acuerdo con los criterios de valoración del pliego de cláusulas administrativas particulares, y con las posibles modificaciones de carácter técnico que la Autoridad Portuaria pudiera proponer en la oferta, el adjudicatario del contrato deberá presentar un proyecto constructivo completo, firmado por técnico competente”

Y la cláusula 15 del PBT dice así:

“Una vez redactado el proyecto constructivo completo, el contratista entregará un ejemplar completo a la Autoridad Portuaria para someterlo a informe vinculante de Puertos del Estado y a informe de supervisión de la Autoridad Portuaria. En este trámite del proceso, se verificará que se han tenido en cuenta las disposiciones generales de carácter legal o reglamentario, así como la normativa técnica que resulte de aplicación.



En el informe de supervisión de la Autoridad Portuaria se aplicarán las “Normas para la supervisión de proyectos previa a su aprobación técnica”, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santander, de fecha 15 de diciembre de 2010. En las normas de supervisión de proyectos de la Autoridad Portuaria de Santander no se exige el visado por el colegio profesional del proyectista. Por tanto, en caso de que el contratista decida visarlo por su propia conveniencia, correrán a su cargo todos los gastos y tasas asociados.

En caso de que el proyecto no obtenga informes favorables de Puertos del Estado y de la supervisión de la Autoridad Portuaria, el autor de proyecto subsanará los errores y corregirá las deficiencias detectadas en el plazo que se le indique.

Una vez que ambos informes sean favorables, el contratista entregará a la Autoridad Portuaria los ejemplares del documento completo especificados en este pliego para su aprobación técnica”.

-La cl.23 del PBT indica:

“MEDICIÓN Y ABONO

Los errores u omisiones de medición en la documentación presentada por el licitador, que originen un incremento del presupuesto de adjudicación del contrato, irán a cargo del contratista, por lo que no se procederá al abono de la diferencia por parte de la Autoridad Portuaria.

Se excluye de esta prescripción la medición de la longitud de los pilotes de cimentación, debido a la incertidumbre en la cota del techo del sustrato competente (variable) y a la variación de la resistencia unitaria a lo largo del empotramiento en función de los materiales atravesados en cada zona.”

El Anejo 1 al Pliego de Bases Técnicas contiene el Anteproyecto Base de la Licitación que indica:



“Se ha utilizado la estimación de cotas del techo de facies Keuper para obtener la medición aproximada de los pilotes, pero subyace una gran incertidumbre sobre la medición real que se obtendrá en obra. Por este motivo se propone admitir la modificación del contrato por desviaciones importantes en la medición de la longitud de pilotes”.

Tercero. Presentadas cinco ofertas, y tras los trámites oportunos incluida la apertura de todos los sobres de las ofertas, con fecha 18 de noviembre de 2019, la Mesa de Contratación procedió a la comprobación de ofertas incursas en baja anormal o desproporcionada, resultando como límite oferta menor de 14.940.323 euros, siendo la oferta de la UTE compuesta por las recurrentes de 13.689.653,01 euros, resultando pues la misma (y otra licitadora) incursas en dicha presunción.

Con fecha 27 de noviembre de 2019 se notificó a las UTES OHL, S.A. - SATO, S.A. y otra el requerimiento para la justificación de sus respectivas ofertas económicas. Dicho requerimiento fue contestado en fecha 12 de diciembre de 2019 por la UTE OHL, S.A. - SATO. S.A.

Con fecha 19 de diciembre de 2019 se solicitaron a instancia de la Comisión Técnica aclaraciones complementarias a la UTE OHL, S.A.-SATO, S.A. Dicha solicitud fue atendida con fecha 23 de diciembre de 2019.

Con fecha 8 de enero de 2020 la Comisión Técnica emitió el *“Informe sobre la justificación de las ofertas presentadas a la licitación de las obras de ACONDICIONAMIENTO DE LA PARCELA 8.2.3 PARA PDI DE AUTOMÓVILES (PUERTO DE SANTANDER) incursas en presunción de anormalidad por su bajo importe”.*

A la vista del mismo, y con fecha 18 de febrero de 2020, la Mesa de Contratación solicitó aclaraciones sobre el punto segundo de conclusiones del informe de la Comisión Técnica de 8 de enero de 2020, referido a la justificación de la oferta de la UTE OHL CONSTRUCCIÓN – SATO, que fueron remitidas.

Con fecha 24 de febrero de 2020 la Comisión Técnica emitió informe relativo a las aclaraciones solicitadas por la Mesa de Contratación.



El 26 de mayo de 2020 se reúne la Mesa de contratación para proceder a la adjudicación, en que se hace constar:

"Con fecha de 27 de noviembre de 2019, conforme a lo establecido en el artículo 82 de la Ley 31/2007, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, se requirió a las empresas UTES OHL, S.A. - SATO, S.A. y ...A. incursas en presunción de anormalidad, para que justificaran sus bajas con mención especial a los siguientes aspectos:

"1.- Tratándose de un concurso de proyecto y obra, tanto el PCAP, como con el PBT recogen que "los errores u omisiones de medición en la documentación presentada por el licitador, que originen un incremento del presupuesto de adjudicación del contrato, irán a cargo del contratista, por lo que no se procederá al abono de la diferencia por parte de la Autoridad Portuaria". Por ello, en la justificación de la oferta económica debe abordarse tanto los precios de la oferta, como las mediciones presentadas. Este último aspecto tiene especial incidencia en la cimentación, ya que en este caso solo podrá ser de abono el incremento de medición de pilotes debido a variaciones en las características inicialmente previstas en el sustrato competente (concretamente mayor profundidad del techo del sustrato de facies Keuper, o una resistencia unitaria en este sustrato inferior a la media estimada). El cálculo de la carga de hundimiento debe realizarse con la normativa especificada en el pliego de bases (CTE, Eurocódigo o ROM).

2.- Para evitar futuras interpretaciones discordantes del pliego de bases técnicas, deberá indicarse expresamente en el informe de justificación de la oferta económica que el importe total ofertado incluye los sobrecostos debidos a omisiones y excesos de medición resultantes de la depuración de errores en la documentación presentada en la licitación. En consecuencia, los errores del licitador no incrementarán el importe de la adjudicación, con las salvedades indicadas en la unidad de obra de pilotes hincados."

Con fecha de 11 de diciembre de 2019 se recibió la justificación de la UTE ADIANTE, S.A. - AVINTIA, S.L. - SENOR, S.A. y con fecha de 12 de diciembre de 2019 se recibió la justificación de la UTE OHL. S.A. - SATO, S.A.



Una vez analizada la justificación de la UTE OHL. S.A.-SATO, S.A., con fecha de 19 de diciembre de 2019, la Presidenta de la Mesa de Contratación solicitó a la citada UTE que presentara aclaraciones sobre los siguientes extremos:

1. Justificación detallada de las mediciones y coste directo que estima se abonará al subcontratista RODIO KRONSA:

a. Medición de pilotes desde cota inferior de encepados hasta punta de pilotes, justificando por qué se ha considerado un empotramiento medio de 9,4 m en facies Keuper (igual al anteproyecto base), a pesar del importante incremento de la carga axil que implica la solución técnica adoptada (1 pilote por encepado en lugar de 3).

b. Incremento considerado en el coste directo debido a la medición estimada por pilotes "presentados a la hincada" y pilotes "no hincados (sobrantes)" (abonable al subcontratista según su oferta).

2. Coste directo del transporte de acero desde su lugar de producción en la India hasta las instalaciones de manufactura en Zaragoza, y coste directo desde estas instalaciones hasta la empresa de galvanizado. Debe indicarse en qué partidas de precios descompuestos se han incluido estos costes.

3. La oferta del subcontratista de galvanizado propone un espesor medio de 130 micras. Se requiere una oferta en la que se garantice el espesor de 127 micras (requisito del pliego de bases técnicas), que debe considerarse mínimo admisible.

4. Aportación del coste directo descompuesto de la unidad "metro lineal de pretil perimetral en forjado y rampas".

Dichas aclaraciones fueron presentadas electrónicamente el 23 de diciembre de 2019 por la UTE OHL, S.A. - SATO, S.A. y una vez analizadas por la Mesa de Contratación, fueron remitidas para su valoración a la Comisión Técnica.



Por la Comisión Técnica se informó con fecha 8 de enero de 2020 sobre las justificaciones presentadas por las empresas incursas en presunción anormalidad, (se adjunta a esta acta) siendo sus conclusiones las siguientes:

1. La UTE ...

2. La UTE OHL CONSTRUCCIÓN y SATO incluye en su informe de justificación algunos ahorros de costes que no están garantizados, no justificando convincentemente 966.024,82 € de ahorro en su oferta económica:

· En el estudio económico no ha tenido en cuenta el coste del personal de topografía a tiempo completo, incumpliendo el compromiso de su propuesta técnica, ni ha previsto una partida específica para costes imprevistos. El ahorro no justificado en coste indirecto se ha valorado en 165.776,95 €.

· No se ha obtenido la medición de hincas de pilotes mediante el cálculo de la cimentación con los parámetros geotécnicos y normativa especificados en el pliego de bases técnicas, sino en base a su experiencia y criterio propio, fuera de normativa. El ahorro no justificado es de 469.565,20 €.

· No se ha incluido en el coste directo del acero estructural el coste del transporte intermodal desde las instalaciones del proveedor en la India hasta las Instalaciones del subcontratista que fabricará la estructura en Zaragoza (0,126 C/kg). El ahorro no justificado se ha valorado en 330.682,67 €.

Por parte de la Mesa de Contratación se procedió al estudio y análisis de las justificaciones y aclaraciones presentadas por las licitadoras incursas en presunción de anormalidad, considerando que las de la UTE ..., solamente consideran que no existen errores en su oferta económica, en la que se ratifican.

En relación con las justificaciones y argumentaciones enunciadas por la UTE OHL, S.A. - SATO, S.A., la Mesa de Contratación ha debatido sobre las mismas y ha analizado también el informe técnico considerando respecto de éste, con fecha de febrero de 2020, la necesidad de realizar las siguientes dos preguntas a la Comisión Técnica:

1. *Informe sobre el fundamento de su segunda conclusión del análisis de la oferta de OHL CONSTRUCCIÓN Y SATO, en particular respecto a la obligación del ofertante de utilizar determinada normativa para el cálculo de la cimentación, esto es, la medición de hincas de pilotes.*

2. *De igual manera, en relación con la misma conclusión segunda y respecto del método de obtención de la medición de hincas de pilotes, informe sobre si en la puntuación otorgada en la fase de valoración técnica de la oferta de la UTE OHL CONSTRUCCIÓN y SATO, se tuvo en consideración si la cimentación de tal oferta no cumplía con los requisitos del pliego, esto es, no estaba calculada con la normativa de aplicación a los efectos de la puntuación obtenida o, en su caso, de su hipotética exclusión del procedimiento como oferta con calidad técnica inaceptable.*

Por la Comisión Técnica se respondió con fecha de 24 de febrero de 2020, a las anteriores cuestiones, (se adjunta a esta acta), del siguiente modo:

1. *El pliego de bases técnicas hace referencia a la normativa técnica de aplicación. En el caso concreto de cálculo de cimentaciones debe aplicarse el Código Técnico de la Edificación (CTE) y las Recomendaciones de Obras Marítimas (programa ROM).*

2. *La normativa técnica de aplicación es de obligado cumplimiento, tanto en la fase de proyecto y ejecución de obra, como la oferta técnica (documentación técnica del sobre nº2).*

3. *Los errores o deficiencias en la aplicación de la normativa se consideran subsanables en la fase de proyecto. En este caso, el error en la oferta técnica de la UTE OHL CONSTRUCCIÓN y SATO se refiere al cálculo de la longitud del empotramiento de los pilotes y fue penalizado en la valoración técnica de la oferta.*

4. *En el hipotético caso de que la puntuación técnica de una oferta fuera inferior a 50 puntos sobre 100, sería excluida por "calidad técnica inaceptable". No es el caso de la oferta de OHL CONSTRUCCIÓN y SATO, que obtuvo una puntuación de 83,20 puntos sobre 100, y por tanto fue declarada con "calidad técnica suficiente".*



5. *El impacto del error de la oferta técnica en la estimación de costes del ofertante ha sido cuantificado en el informe de la Comisión Técnica de fecha 8 de enero de 2020.*

A la vista de lo anteriormente expuesto, en el día de hoy, la Mesa de Contratación ha analizado pormenorizadamente la documentación presentada por las empresas licitadoras UTE ... y la UTE OHL, S.A. -SATO, S.A. con los informes técnicos de valoración, y tras un amplio debate, por unanimidad de sus miembros ha acordado:

PRIMERO: Rechazar la oferta presentada por la UTE OHL. S.A. - SATO, S.A., al no haber realizado el cálculo de la cimentación de acuerdo a normativa y haber establecido la medición de la cimentación basándose en la experiencia de hinca de pilotes en zonas próximas. Por lo tanto, no ha tenido en cuenta la obligación establecida en el Pliego de Bases Técnicas del concurso de utilizar el Código Técnico de la Edificación (CTE) y/o las Recomendaciones de Obras Marítimas (programa ROM), para el cálculo de la cimentación. El ahorro no justificado se estima en 469.565,20 €. Además, no se ha incluido en la oferta el coste del transporte del acero desde el punto de suministro (India) hasta las instalaciones donde se fabricará la estructura (Zaragoza).

SEGUNDO: Rechazar la oferta presentada por la UTE..."

El 26 de mayo se adjudicó conforme a la propuesta y con fecha 2 de junio de 2020 se publicó la adjudicación en la Plataforma de Contratación del Estado y se enviaron las comunicaciones a las empresas licitadoras, que señala como "*Motivación de la Adjudicación*": "*Motivación: Motivación para adjudicar a Ute Api - Anro - Arruti: La Presidencia de la Autoridad Portuaria de Santander, como Órgano de Contratación, de conformidad con la propuesta de la Mesa de Contratación resolvió adjudicar el contrato a la UTE INDUSTRIAS ANRO, S.L.- API MOVILIDAD, S.A.- ARRUTI, S.A, por resultar la oferta justificada más ventajosa.*"

Cuarto. De forma previa a interponer este recurso, el recurrente solicitó acceso al expediente administrativo con fecha 4 de junio de 2020 respecto de la oferta de la adjudicataria, el informe técnico de valoración, y el acta de propuesta de adjudicación; que le fueron facilitados, como reconoce en su reclamación.

Quinto. El 23 de junio se interpone la presente reclamación en se alega:

-Falta de motivación del acuerdo de adjudicación al no contener la expresión de las causas de su exclusión, conforme a la LCSP y nuestra doctrina.

-Subsidiariamente defiende la viabilidad de su oferta:

1.Respecto del cálculo de la cimentación o medición de hinca de pilotes:

(i) Porque entiende que se trata de un aspecto puramente técnico que no cabe apreciar para determinar la “anormalidad por bajo importe de una oferta”: Se han limitado a presentar una solución técnica alternativa, más económica, que debe considerarse acorde a los pliegos, pues no fue excluida por calidad técnica inaceptable, y que ya fue valorada de forma depreciada en la aplicación de los criterios valorativos, por lo que no debe constituirse en razón para la exclusión. La exclusión por oferta anormal debe limitarse a lo previsto en el pliego, que no incluye referencia alguna a la parte técnica de la oferta.

(ii) Además, en los Pliegos (cita el Anexo IV PCAP, ap. 27 del Cuadro de Características, cl. 21 del PCAP, y cl.23 del PBT, así como su Anexo I en la parte transcrita en nuestro Antecedente segundo) se prevé expresamente que el incremento de medición en la unidad de obra relativa a los pilotes hincados no constituye un error, y podrá dar lugar a modificaciones del Contrato por debajo del límite legal permitido;

(iii) Y en todo caso, en el supuesto de que se considerase que existe un error en la oferta técnica por defecto en la medición efectuada, los Pliegos contemplan que sea subsanable, conforme a las cl. 14 y 15 del PBT. Añade que en su oferta se comprometía a asumir el coste de cualquier error u omisión de medición detectado en la fase de redacción del proyecto.

Añade también que la mayor parte de las empresas licitadoras, incluida la adjudicataria, han incurrido en errores o desajustes de medición en la hinca de pilotes.

2. Sobre el transporte del acero:



En primer lugar, señala que el presunto ahorro no estimado fue de 330.682,67 euros, 1,61 por ciento sobre el presupuesto de licitación y 2,42 por ciento sobre su oferta, cuantía que no justifica la exclusión.

Por otra parte, señala que se le pide un detalle exagerado, pues, conforme a nuestra Res. 581/2017 y otras que cita, no es necesario ni el desglose de la oferta económica ni una justificación exhaustiva de la misma.

En todo caso, explica que:

“...se puede asegurar que la operación está trazada en su totalidad desde la fábrica del material en Pune (India) hasta Santander (el emplazamiento de la obra):

y' la entidad INGEMETAL SOLAR INDIA fabrica el material en la ciudad de Pune (en la India), pero no incluye el transporte al ser por cuenta de NEXOMETAL ESPAÑA. Ello se comprueba atendiendo a la página 70 de la Justificación de la Oferta presentada por la UTE OHL-SATO (que se ha acompañado como Documento número 8) en la que se aclara expresamente que:

y' De esta forma, NEXOMETAL ESPAÑA (que forma parte del grupo INGEMETAL tal y como puede comprobarse a partir del sello de la entidad NEXOMETAL) se encarga del transporte completo del material (acero) desde origen (Pune) hasta destino (Santander, lugar del emplazamiento), a cuyos efectos se proporciona un presupuesto valorado en 0,126 €/Kg que cubre lo siguiente (ello puede comprobarse a través del presupuesto de NEXOMETAL expuesto en la página 15 de la Aclaración de la Oferta presentada por la UTE OHL-SATO que se acompaña como Documento número 10):

a) Coste de transporte CIF Pune-Barcelona 40`HC, en este apartado se incluye:

· “Pick up Charges (Factory-CFS Mumbai)” que se refiere a los gastos de recogida en la factoría de Pune y su transporte a la terminal de contenedores de Mumbai (puerto de origen).



- . *“Documentation Fee” que se refiere a los costes de documentación, incluido sin coste.*
 - . *“Customer Clearance” referido a los costes de despacho.*
 - . *“VGM Weight Fee” referido a los costes de verificar el peso de la mercancía.*
 - . *“THC” que se refiere al coste de manipulación de la terminal (que incluye la estiba al tratarse de manipulación portuaria).*
 - . *“B/L Fee” que se refiere al coste del conocimiento de embarque.*
 - . *“Certification of Origin” referido al coste de emisión del certificado de origen, (incluido sin coste).*
 - . *“Agency Fee” que se refiere al coste de agencia, incluido sin coste.*
 - . *“ENS Fee” que se refiere al coste de la declaración sumaria de entrada a la Unión Europea.*
 - . *“Seal Charges” que se refiere al coste de los sellos del contenedor, incluido sin coste.*
- b) *Ocean Freight 40`HC*
- . *“Ocean Freight 40`HC” que se refiere al coste del flete marítimo (remuneración por el transporte marítimo de la mercancía en contenedores de 40 pulgadas)*
- c) *Transport cost Spain*
- . *“Transport + c” que se refiere al coste del transporte en España incluida la gestión de salida del contenedor (desestiba) a la que se refiere la expresión “+ c” (que significa “clearance”).*



Por lo tanto, tal y como se acreditó por la UTE OHL-SATO mediante la Justificación y la Aclaración de la Oferta, se garantiza que la operación está trazada en su totalidad desde la fábrica de Pune en la India hasta Santander, y queda acreditado que la entrega del material a NEXOMETAL se produce en Pune (India). La Comisión Técnica indica erróneamente que “habría que indicar en qué lugar se produce la entrega del material.”, pues ha quedado probado que está perfectamente identificado como Pune (India) según la Documentación aportada por OHL-SATO. Y debe observarse que el Pliego no exigía desglosar cada una de las partidas en las que puede descomponerse un transporte de esta naturaleza, de forma que está fuera de lugar señalar que hay determinadas actuaciones no cubiertas. El precio se ha dado cerrado y por el transporte completo a realizar por NEXOMETAL ESPAÑA, que es la responsable única de su ejecución (la circunstancia de que se aludiera a una posible intervención complementaria de otra Compañía –Bolloré Logistics- en nada altera la actividad asumida por aquélla).

En definitiva, el transporte del acero hasta Santander (lugar de destino) se incluye en el concepto “transport cost Spain”, puesto que ello, evidentemente, se refiere al transporte completo en España incluyendo (i) la totalidad de los distintos trayectos a realizar, así como (ii) los distintos conceptos que conlleva el transporte de la mercancía (incluida también, obviamente, la estiba y la desestiba).

Esta se confirma atendiendo al Anejo 5 de la Aclaración de la Oferta (que se acompaña como Documento número 10), en el que se incorporó la oferta del subcontratista NEXOMETAL ESPAÑA de fecha 20 de diciembre de 2019, por la que se compromete a llevar a cabo las siguientes actuaciones (entre ellos, expresamente, el “transporte a obra” del material) según se refleja a continuación: (y se transcribe)

Como se observa, partiendo de la documentación presentada por la UTE OHL-SATO en el seno de la Licitación, es indudable que:

y' El presupuesto del subcontratista NEXOMETAL ESPAÑA incluye el transporte del material desde Pune (en la India) hasta Santander (lugar de destino), pasando por Barcelona (puerto de destino).



y' El presupuesto del subcontratista NEXOMETAL ESPAÑA no excluye ninguno de los conceptos que conlleva el transporte del material, de forma que incluye todas las actuaciones relacionadas con el transporte “hasta la obra” y, en consecuencia, quedan garantizados los importes relativos a la estiba del material en la India y su desestiba en Barcelona (puerto de destino), los costes de documentación, los costes de verificar el peso de la mercancía y, en fin, cualquier coste que pueda estar relacionado con el transporte del acero hasta el emplazamiento de la obra en Santander.

y' NEXOMETAL ESPAÑA (perteneciente al grupo INGEMETAL), empresa de reconocida experiencia en el sector del transporte internacional (se acompaña como Documento número 17 la documentación acreditativa sobre su holgada experiencia en este ámbito) se compromete mediante una oferta a realizar el transporte completo de origen a destino, lo que demuestra que se trata de precios de mercado y con ello se garantiza la viabilidad del transporte hasta el emplazamiento, asegurando que la oferta de mis representadas es perfectamente realizable.”

Por eso añade que “Expuesto lo anterior, debe resaltarse el error manifiesto en que incurre el Informe de la Comisión Técnica de 8 de enero de 2020 al afirmar lo siguiente como argumento para sostener que el coste del transporte India-Zaragoza no está incluido en la oferta de NEXOMETAL:

“En el apartado de conceptos excluidos de su oferta, NEXOMETAL menciona de nuevo el “suministro de materiales”, expresión que convencionalmente se entiende como suministro en las instalaciones del receptor del material, ya que, si no fuera así, habría que indicar en qué lugar se produce la entrega del material.”

En efecto, la Comisión Técnica ha asumido erróneamente que NEXOMETAL ESPAÑA recibe el material en sus instalaciones de Zaragoza y que, por tanto, no se ha incluido el coste desde la India (Pune) hasta Zaragoza, cuando, según el desglose del presupuesto previamente expuesto, NEXOMETAL ESPAÑA recibe el material en la fábrica de Ingemetal Solar India ubicada en Pune (India) y se encarga de todas las actividades relativas a su traslado hasta Santander.



En definitiva, de conformidad con las justificaciones expuestas, se colige que el subcontratista NEXOMETAL ESPAÑA asume al completo el transporte de los materiales desde la India hasta la obra, lo que, evidentemente, implica la asunción del coste de todas y cada una de las actuaciones relacionadas con el transporte (estiba, desestiba y cualquier coste asociado) del material hasta llegar al emplazamiento (Santander).

Es por ello que la oferta económica de la UTE OHL-SATO en relación con el transporte del acero desde el punto de suministro (India) hasta las instalaciones donde se fabricará la estructura (Zaragoza), se encuentra plenamente justificada, habiéndose ofrecido “al órgano de contratación argumentos que permitan explicar la viabilidad y seriedad de la oferta”.

Y tanto es así que, en el Informe de la Comisión Técnica de 8 de enero de 2020, se llega incluso a reconocer que existen dudas sobre si el coste del transporte India-Zaragoza está incluido o no en la oferta de NEXOMETAL [“el coste del transporte India-Zaragoza, estimado en 0,126 €/kg, no está claramente incluido en la oferta de NEXOMETAL” (Vid. página 6 del Informe de la Comisión Técnica de 8 de enero de 2020)], y así, en lugar de solicitar las oportunas aclaraciones al respecto, por medio de la Propuesta de Adjudicación del Contrato se ha decidido rechazar la oferta de la UTE OHL-SATO, a pesar de que, como decimos, se justificó debidamente que el subcontratista asume por completo en su oferta el transporte de los materiales hasta la obra garantizándose la viabilidad económica de la oferta de la UTE.

Consta acreditado que esta ofertado el transporte desde origen a destino final, de manera que suponer que alguna partida no está incluida o incluso llegar a considerar que no está incluido el precio del transporte desde la India a Zaragoza, constituye una mera suposición que no se corresponde con la oferta y el documento de NEXOMETAL ESPAÑA, que claramente incluye todo el transporte, sin exclusión. No tendría sentido interpretar que solo se oferta parte del transporte del material necesario para realizar la obra, y existe una constante jurisprudencia que rechaza la realización de interpretaciones que conduzca a soluciones absurdas. Más absurdo aún es, si cabe y dicho con respeto, que ante la suposición de que no se ha ofertado parte del transporte, se haga equivaler por el órgano de contratación a un supuesto ahorro no justificado en la oferta equivalente a 330.682,67 €, cifra que se obtiene de la siguiente multiplicación: 2.624.465,66 kg x 0,126 C/kg



(ofertado). Además de que no se comprende esa multiplicación, que lo que hace es tener en cuenta el importe total ofertado por kilo y multiplicarlo por el número de kilos, haciendo abstracción de que el transporte es solo uno de los conceptos a tener en cuenta en la oferta, ello con independencia en que, como queda demostrado, en el precio se ha incluido el transporte completo, no solo una parte”.

El informe del órgano de contratación señala:

-Que no hay defectuosa motivación conforme a la Ley 31/2007, de aplicación, pues “el acta de la Mesa de Contratación de 26 de mayo de 2020, refleja su acuerdo de rechazo por unanimidad de la justificación de la oferta anormalmente baja presentada por la UTE OHL, S.A.- SATO, S.A., en base a los informes técnicos suscritos por los asesores técnicos —el Jefe de Área de Infraestructura y el Jefe de Departamento de Infraestructura- incorporando expresamente dichos informes, en los que se concluyen de forma desarrollada, las tres cuestiones básicas en que se fundamenta el rechazo de la oferta de UTE licitadora, por falta de justificación de algunos ahorros de costes que no están garantizados, no justificando convincentemente la cantidad de 966.024,82 € de ahorro en su oferta económica en los siguientes conceptos:

. - En el estudio económico no ha tenido en cuenta el coste del personal de topografía a tiempo completo, incumpliendo el compromiso de su propuesta técnica, ni ha previsto una partida específica para costes imprevistos. El ahorro no justificado en coste indirecto se ha valorado en 165.776,95 E.

. - No se ha obtenido la medición de hincas de pilotes ...

. - No se ha incluido en el coste directo del acero estructural ...

Estas tres cuestiones, que definen de forma resumida los motivos del rechazo de la oferta de la UTE OHL, S.A.- SATO, S.A., son las que se hacen constar en la resolución de adjudicación, con referencia al acta del acuerdo de la Mesa de Contratación y los informes adjuntos, que como se ha comentado las desarrollan.”



-Sobre la viabilidad económica de la oferta, destaca que no puede compartirse la afirmación contenida en el recurso al considerar que la medición de la hincada de pilotes es un aspecto puramente técnico que no se puede apreciar para determinar la anormalidad por bajo importe de una oferta, de acuerdo con el vigente artículo 69.4 párrafo segundo del Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de febrero y el artículo 149.4 párrafo undécimo de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

Aclara por qué no fue excluida la oferta previamente, que los licitadores tenían información suficiente para no desviarse de las exigencias técnicas, y que lo propuesto va más allá del error asumible, del modo siguiente; cita algo extensa que, por su interés, reproducimos:

“...la cuestión del cálculo de la cimentación fue objeto de penalización en la fase de la valoración técnica de la oferta. El licitador afirmó en su oferta que se había calculado la carga de hundimiento y la longitud de empotramiento de los pilotes, pero no aportó los cálculos realizados (la información omitida se puede exigir en cualquier momento del proceso y por tanto no se excluyó la oferta). Y fue en la solicitud de aclaraciones para considerar la viabilidad económica de la oferta, cuando se requirió la información que faltaba para justificar la medición presupuestada de los pilotes, fundamental en el cálculo de su importe, comprobándose el incumplimiento del pliego de bases técnicas al no utilizar los parámetros geotécnicos ni la normativa de cálculo de obligado cumplimiento.

La Autoridad Portuaria facilitó en la documentación para la licitación, además del pliego de bases técnicas, un anejo con un anteproyecto base para ayudar a los licitadores en la mejor comprensión de los objetivos de la obra y de los requisitos mínimos que debían cumplirse. También se aportó un reconocimiento geotécnico realizado en la parcela, que permitía generar un modelo del terreno a partir de los sondeos. Finalmente, en el pliego de bases técnicas se fijaron los valores característicos de los parámetros geotécnicos de cada material, para que no hubiera diferencias en la interpretación de los licitadores en cuanto a la resistencia al corte del terreno. Con este planteamiento se intentaba conseguir un modelo teórico uniforme de los perfiles geotécnicos de la parcela, con los parámetros geotécnicos que debían utilizarse en los cálculos, fijando también la normativa de cálculo que debía aplicarse a la cimentación. De esta forma no había riesgo de que un licitador presentara una oferta que no se ajustara a estas condiciones, porque todos ellos

calcularían la cimentación sobre el mismo modelo, con los mismos datos y la misma normativa.

Ahora bien, a la hora de ejecutar la obra, los parámetros del terreno real, así como el techo y espesores de cada tipo de material, no coincidirán exactamente con el modelo teórico del pliego. La precisión del modelo no puede llegar al 100%. Esto supondrá, sin duda, diferencias de medición en la longitud real de los pilotes, cuyo coste no debe asumir el contratista, y así se indica claramente en el pliego de bases técnicas. Por tanto, se admitirán diferencias de medición respecto a las previstas en el proyecto si estas diferencias se deben a que el terreno real no se ajusta exactamente a los perfiles geotécnicos supuestos en el modelo teórico, o si los parámetros geotécnicos reales también son algo diferentes de los previstos. Además, pueden aparecer otros materiales no identificados en el reconocimiento geotécnico, que afecten a la cimentación. Incluso se admite que estas diferencias puedan llegar a provocar la necesidad de modificación del contrato, y por ese motivo se prevé esta posibilidad en su cuadro de características, como medida presupuestaria preventiva.

Estas diferencias de medición en los pilotes no se pueden considerar errores de proyecto en ningún caso, porque se deben a un desajuste entre el modelo supuesto en los cálculos, creado a partir del reconocimiento geotécnico, y el terreno real que es mucho más complejo. Y además no es posible evitarlo salvo que se realice un sondeo por pilote (coste y plazo inasumible). Esta diferencia de mediciones, que como se ha dicho no debe considerarse un error, es muy distinta de aquella otra debida a que el licitador no se ajustó al modelo del terreno aportado en el pliego, no utilizó los parámetros geotécnicos que se le facilitaron, y tampoco aplicó la normativa de cálculo que obligatoriamente debía utilizar, buscando con ello reducir la medición estimada en los pilotes de cimentación, y con ello falsear su oferta económica para obtener ventaja en la adjudicación del contrato. Cabe una tercera posibilidad, en la que se pueden producir otro tipo de diferencias de medición, como por ejemplo por el tipo de pilote utilizado, número de pilotes por grupo, diámetro del pilote, estimación de las cargas de servicio aplicada sobre cada encepado en función del tipo de estructura diseñada, o incluso a errores numéricos de cálculo o incorrecta aplicación de la normativa. Este tipo de errores serán depurados en la fase de proyecto y supervisión, pero no incumplirían los requisitos técnicos del pliego de bases.

En el caso de la oferta de la UTE OHL-SATO se ha comprobado un incumplimiento muy claro de los requisitos del pliego de bases técnicas. Concretamente no se ha calculado la cimentación con los parámetros geotécnicos aportados en el pliego de bases técnicas, ni se ha utilizado la normativa indicada de obligado cumplimiento, reduciendo con ello la longitud de los pilotes y consecuentemente el importe económico. No se trata por tanto de un error de cálculo subsanable en la fase de proyecto, sino un incumplimiento de los requisitos del pliego de bases técnicas, que no pudo detectarse en el momento de la valoración técnica de la oferta porque no se presentaron los cálculos correspondientes, sino solo su resultado, asegurando además que sí se habían realizado. La UTE OHL-SATO indicaba en su oferta técnica (sobre nº2) que el cálculo de la resistencia por punta y fuste de los pilotes se podía consultar en el "Anejo nº6 Cálculos justificativos". Sin embargo, en este anejo solo se presentaba la comprobación de la resistencia estructural del pilote. No aparecía ningún cálculo de la carga de hundimiento ni de la longitud de empotramiento de los pilotes, como se había anunciado. Ante esta situación no podía asegurarse que el defecto de medición detectado se debiera a un incumplimiento de normativa de cálculo porque el hecho de no aportarlo no significaba que no se hubiera utilizado. No podía determinarse si el error de medición se debía a un error material de cálculo, o a un cálculo fuera de normativa. Del lado de la seguridad se penalizó la oferta en el supuesto más favorable para el licitador (defecto de medición debido a un error material de cálculo).

En cuanto a la petición expresa de justificación de la medición en la fase de análisis de una oferta económica desproporcionada, debe tenerse en cuenta que en la oferta que se presenta del importe económico las variables son las mediciones y los precios unitarios. No había información suficiente en la fase de valoración técnica para asegurar que se había producido un incumplimiento de normativa de cálculo, sino simplemente que se había omitido información. La comisión técnica entendió que no correspondía en aquel momento analizar su impacto en la oferta económica, sino solo los criterios de valoración técnica definidos en el pliego. Se debía valorar la oferta con la información disponible, y así se hizo, con una baja puntuación respecto al resto, pero no fue excluida porque su puntuación final superó el umbral mínimo establecido de 50 puntos.

Ahora bien, al resultar la oferta en presunta baja desproporcionada, era evidente que una de las razones del bajo importe podía deberse al efecto del falseamiento de la medición de

pilotes y por tanto debía justificarse adecuadamente ya que tiene un impacto directo en el importe de la oferta. Por su parte, la UTE OHL-SATO ha tratado por todos los medios demostrar en su recurso que la mesa de contratación se ha excedido al pedir esta información, conocedor de que efectivamente este aspecto es la clave de su oferta desproporcionada. Es evidente que en la oferta de un contrato de obra no se produce este tipo de problema en las mediciones porque están determinadas en el proyecto, pero en este caso se trata de un contrato de proyecto y obra, con una oferta que permite variar mediciones y precios unitarios. No puede obviarse que para obtener una oferta económica agresiva se pueden reducir los precios unitarios, pero también se pueden reducir las mediciones ficticiamente (incumpliendo la normativa de cálculo como en este caso). El truco empleado no supone riesgo técnico para la obra, porque durante la ejecución de los pilotes se alcanzará la cota debida para la resistencia buscada, pero sí habría servido para conseguir la adjudicación de la obra en fraude de ley y además, encarecer significativamente la (sic) obras si la medición es superior a la prevista en la oferta.

La UTE OHL-SATO intenta justificar su oferta técnica como una "solución alternativa". Efectivamente es incluso alternativa en la aplicación de la normativa vigente, utilizando un método propio que incumple los requisitos del pliego de bases técnicas de la licitación. Trata de mezclar también las consideraciones efectuadas sobre su oferta en la fase de valoración técnica (no fue excluida), sin tener en cuenta que en aquella fase del procedimiento no se podía asegurar que la solución de cimentación se había definido a partir de un incumplimiento de la normativa vigente y con criterios inaceptables, que se han conocido posteriormente, en la fase de estudio del importe económico de oferta.

Como culminación de esta situación, la UTE OHL-SATO no defiende que su medición sea correcta, porque técnicamente es imposible, sino que el pliego admite que los errores de medición no son imputables al contratista en el caso de la cimentación profunda, haciendo caso omiso de la frase completa en que se aclara el caso concreto de este supuesto: cuando se deban a la "incertidumbre en el perfil geotécnico y la variación de los parámetros resistentes del nivel de empotramiento de los pilotes". En su caso, el error de medición no se debe a ninguno de estos dos aspectos, sino a un método de cálculo del empotramiento fuera de normativa.

En cuanto a la medición y abono del posible incremento de medición de los pilotes, la UTE OHL-SATO entiende que ha aceptado expresamente que, si se produce, irá a cargo del contratista, en el caso de que no se deba a alguna de las razones expresadas en el párrafo anterior, e insiste en que el error en su oferta es subsanable en la fase de proyecto, cuando lo ilícito es convertirse en el adjudicatario de un contrato apoyado en un cálculo de la medición que afecta directamente al importe económico en base a un incumplimiento de los requisitos del pliego de bases técnicas y normativa vigente.

Por último, cuando presenta los desfases de medición de las demás ofertas, en absoluto analiza si se deben a un incumplimiento del pliego como en su caso, o a otro tipo de errores perfectamente subsanables, y sin considerar también que ninguno de ellos incurrió en presunción de baja desproporcionada”.

-En lo referido al transporte del acero, entiende que de las condiciones de la oferta del recurrente resultaba que el suministro de materiales era previo a su transporte a la obra, por lo que éste no podía entenderse que incluyera el aprovisionamiento desde la India, “porque esta actividad no es un “transporte a obra” sino un “transporte de aprovisionamiento de materia prima desde la acería hasta la fábrica de manufactura”.

Añade que “El precio de 0,57 €/kg está absolutamente fuera de los precios de mercado para una estructura galvanizada, atornillada, completamente terminada. Además, no coincide con el coste directo previsto por la propia UTE OHL-SATO en su informe (1,38 €/kg para la estructura terminada)”.

Entiende que “En la oferta de la empresa INGEMETAL SOLAR INDIA quedaba muy claro que la entrega del material (0,57 C/Kg) se realizaba en su acería de la India (Pune), y por tanto el transporte hasta la fábrica de manufactura en Zaragoza sería por cuenta de INGEMETAL SPAIN (“Transportation cost will be supported by INGEMENTAL Spain”).

Pero a la vez, no quedaba claro si este transporte estaba realmente incluido en la oferta de la empresa NEXOMETAL (Ingemetel Spain), y cuál era el importe que se había estimado por este concepto, ya que podía ser significativo en el precio final resultante, al elegir un suministro desde la India. Todo ello sin considerar aranceles y posibles problemas en la logística de aprovisionamiento que afectarían seriamente a la obra.



No se solicitó en ningún momento un desglose de precios descompuestos, como afirma el recurrente, sino dos costes muy concretos de transporte, que no estaban incluidos en las ofertas de proveedor y subcontratista.

La UTE OHL-SATO aprovechó la solicitud de aclaraciones realizada por la mesa de contratación de la Autoridad Portuaria para aportar una nueva oferta de la empresa NEXOMETAL de fecha 20-12-2019, que no le había sido solicitada. En la nueva oferta se mantenía el galvanizado, pero se incrementaba la oferta inicial en 0,24 €/kg (pasaba de 0,57 a 0,81 €/Kg), En cuanto al suministro de material, simplemente ahora se eliminaba (corregía así el error de su oferta de 24-09-2019), pero sin indicar dónde se realizaba la entrega de la materia prima. Las condiciones de su nueva oferta eran las siguientes:

...Puede comprobarse que, efectivamente, desaparece el "suministro de materiales", se mantiene el galvanizado (incrementando el precio en 0,24 €/kg) y se mantiene el "transporte a obra".

A la vista de la argumentación actual de la UTE OHL-SATO en su recurso, se comprueba que no respondió a las dos aclaraciones solicitadas: coste del transporte de acero desde la India hasta Zaragoza, y coste de transporte desde las instalaciones de NEXOMETAL hasta las instalaciones de GALVANIZACIONES ARAGONESAS para el galvanizado de las piezas, ya que afirma que todos los costes de transporte en España, sean de materia prima o de producto elaborado, y en cualquier momento del proceso, están incluidos en un concepto que denomina "transport cost Spain"

En este sentido debe aclararse que la mesa de contratación no preguntó en ningún momento por el coste de transporte de la estructura manufacturada hasta la obra porque la oferta de NEXOMETAL ya reflejaba claramente que el "transporte a obra" estaba incluido. La UTE OHL-SATO respondió a las aclaraciones solicitadas con la siguiente información:

- Coste de transporte CIF Pune-Barcelona: 0,034 €/kg (Pune-Bombay) + 0,054 €/kg (flete marítimo Bombay-Barcelona) = 0,088 €/kg*
- Transport cost Spain: 0,038 €/Kg*

En total el coste de transporte estimado era: $0,034+0,054+0,038=0,126$ €/kg.

En la página 33 de su recurso, la UTE OHL-SATO atribuye el presupuesto anterior a NEXOMETAL (afirma que está expuesto en la página 15 de su informe de aclaraciones). Consultada esa página, aparece la siguiente tabla con precios en una hoja con pie de página de OHL y SATO y ninguna referencia a NEXOMETAL

...El precio CIF Pune-Barcelona corresponde a una propuesta de BOLLERÉ LOGISTICS, y no a NEXOMETAL. Respecto al "Transport cost Spain" simplemente se dice en la misma página 15 de su informe que "se han tenido en cuenta los costes habituales en otras circunstancias similares para el transporte de mercancía en contenedores", sin aclarar cuáles son las distancias de transporte consideradas. No hay ninguna referencia ni aceptación por NEXOMETAL en sus ofertas de estos costes de transporte. Si a los errores en la oferta se añaden afirmaciones no verificables, es difícil confiar en la veracidad de los datos aportados y la seriedad del informe. En definitiva no es creíble ni convincente.

Dado que la pregunta realizada por la mesa de contratación sobre el coste de transporte era muy concreta (coste desde la acería de la India hasta Zaragoza), la comisión técnica entendió, sin ninguna duda, que el "coste de transporte en España" que se aportaba en la tabla se refería al coste del último tramo de la cadena de aprovisionamiento del acero, es decir, desde el puerto de Barcelona hasta Zaragoza. No llamó la atención el coste de 0,038 €/kg para este último recorrido (760 €/contenedor), aunque no se justificara con una oferta, porque debía incluir los costes portuarios del puerto de Barcelona (el precio CIF es un precio con la mercancía en el puerto de destino, a bordo del buque, sin descargar), la manipulación en puerto (desestiba), las tasas portuarias de la mercancía, la carga del contenedor a camión (o ferrocarril), el transporte hasta la fábrica de NEXOMETAL en Zaragoza, la descarga del contenedor y su desconsolidación, y la devolución del contenedor al depot de contenedores vacíos. Tampoco había ninguna duda para la comisión técnica de que el concepto de "transporte a obra" se refiere al transporte desde la fábrica de manufactura de las piezas de la estructura hasta la obra en el puerto de Santander. Por tanto, no quedaba acreditado de manera fiable y seria que la oferta de NEXOMETAL incluyera el transporte de materia prima desde Pune (India) hasta sus instalaciones de Zaragoza, ni por el importe económico, ni por la pregunta realizada que



dio lugar a esta información. Pero además, en la oferta aportada por NEXOMETAL no se indica en qué lugar acepta recibir el acero, con lo que no puede asegurarse ahora que era muy claro que en la India. Lo que sí es muy claro en la oferta es que está incluido el "transporte a obra" de la estructura galvanizada.

No se ha pedido ningún desglose detallado de costes, como insiste reiteradamente el recurrente, sino que se aclaren y concreten algunos procesos de alto coste, identificados como dudosos, con ofertas serias y fiables. En este caso, la logística de aprovisionamiento de acero (0,126 €/kg) representa el 9,1% del coste directo total de la estructura, completamente terminada (1,38 €/kg).

En el primer párrafo de la página 35 del recurso se insiste de nuevo en que "el precio se ha dado cerrado y por el transporte completo a realizar por NEXOMETAL ESPAÑA", y que la intervención de la compañía BOLLORÉ LOGISTICS "en nada altera la actividad asumida por aquella". Insiste el recurrente en datos que no pueden comprobarse en las ofertas aportadas de NEXOMETAL y por tanto carecen de credibilidad. Llega incluso a argumentar, en el último párrafo de la página 35, que "todas las actuaciones relacionadas con el transporte hasta la obra", incluyendo los costes portuarios en India y España, están incluidos en el presupuesto de NEXOMETAL porque "no excluye ninguno de los conceptos que conlleva el transporte del material". En este sentido, parece que la pretensión del recurrente es intentar convencer de que cualquier transporte que NEXOMETAL no indique expresamente en su oferta que no está incluido, debe entenderse que sí está incluido. Es un curioso razonamiento, que conduce al absurdo: NEXOMETAL no debería incluir en su oferta el "transporte a obra" ya que, sin decir nada, ya debía entenderse, sin necesidad de más explicaciones, que incluye todo el transporte, terrestre y marítimo, desde la acería hasta Santander.

Lo que la comisión técnica comprobó es que en el precio ofertado no se han tenido en cuenta los costes del transporte de aprovisionamiento de materia prima, y que una cosa es que NEXOMETAL ESPAÑA pueda recibir el material en la India (perfectamente creíble y así lo solicita INGEMETAL SOLAR INDIA), y otra cosa muy distinta que esté incluido en la oferta presentada. La UTE OHL-SATO intenta revestir de credibilidad un informe en el que presentó una oferta de 0,54 €/kg, incluyendo el suministro de material, la fabricación de la



estructura, el galvanizado, el transporte a obra y el montaje de la estructura, y que se apoya en argumentos poco creíbles y sin justificación documental seria, calificando reiteradamente de erróneas las interpretaciones de los técnicos de la Autoridad Portuaria, sin pensar que estos supuestos errores de interpretación se deberían a su falta de claridad, concreción y rigor en su informe y en la documentación aportada para justificarlo.

A pesar de los errores en la oferta de NEXOMETAL, y en los conceptos de la descomposición de costes directos presentada por la UTE OHL-SATO, la comisión técnica no rechazó el coste de 0,81 €/kg para la secuencia de las actividades de fabricación, galvanizado, transporte (a obra) y montaje de la estructura, porque estaba documentado en la segunda oferta presentada -fuera de tiempo y sin haber sido solicitada-. Pero en ningún momento se acreditó en esta oferta que el coste de 0,126 €/kg lo asumía NEXOMETAL, ni se indicaba que el suministro de material lo recibiría en la acería de la India en lugar de en su fábrica de Zaragoza. Por tanto, aparece un sobrecoste de transporte muy importante, no contemplado en la oferta.”

Y aún añade que “Finalmente, cabe dejar constancia de que la argumentación de la UTE OHL-SATO difiere de la utilizada en la justificación de su oferta económica, aprovechando el recurso para una nueva estrategia de razonamiento con la que intenta convencernos de que los sobrecostes detectados por la comisión técnica sí estaban incluidos en la oferta de NEXOMETAL y se denominaban “transporte a obra”. Todo el problema tiene su origen en el momento en que la UTE OHL-SATO ha separado el suministro de acero (INGEMETAL SOLAR INDIA) de la fabricación y montaje de la estructura (NEXOMETAL), y del galvanizado (GALVANIZACIONES ARAGONESAS), sin que se le hubiera pedido tal desglose. Al hacerlo, deja sin resolver las lagunas que aparecen en los costes de transporte que no ha considerado en las ofertas de unas y otras empresas. Ante esta dificultad insalvable, la UTE OHL-SATO retuerce el significado de los términos, sin darse cuenta de que si NEXOMETAL hubiera tenido la intención de incluir tanto el transporte de aprovisionamiento de la materia prima como el transporte de la estructura hasta la obra lo habría dejado muy claro en su oferta, y en ningún caso se hubiera referido a dos conceptos completamente diferentes como “transporte a obra”, porque solo uno de ellos se ajusta a este término”.



Por ello, termina: *“En conclusión, y utilizando las propias expresiones que emplea la UTE OHL-SATO en su recurso, no ha sido capaz de despejar las dudas planteadas, ha pretendido que se considere que los costes de transporte del suministro de materias primas están incluidos en la oferta de NEXOMETAL, y no se han ofrecido argumentos creíbles que convezan de la viabilidad y seriedad de la oferta en este extremo”.*

-Y, por último, señala: *“CUARTO. - SOBRE EL COSTE DEL PERSONAL DE TOPOGRAFÍA A TIEMPO COMPLETO, INCUMPLIENDO EL COMPROMISO DE SU PROPUESTA TÉCNICA Y SOBRE LA FALTA DE PREVISIÓN DE UNA PARTIDA ESPECÍFICA PARA COSTES IMPREVISTOS. “que “En este sentido, no consta en la reclamación formulada por la UTE OIL-SATO mención alguna a este extremo, por lo que debe considerarse lo reflejado en el expediente por los distintos Servicios de la Autoridad Portuaria sobre dicho extremo”.*

Han realizado alegaciones:

-INDUSTRIAS METÁLICAS ANRO S.L., en concurrencia con las realizadas por el órgano de contratación, si bien añade que hay otros conceptos que no han sido justificados en la oferta del recurrente.

-API MOVILIDAD S.A., que dice que la reclamación debe ser inadmitida por dirigirse contra la publicación de la adjudicación y no contra la adjudicación misma, siendo aquél un acto de trámite no cualificado; considerando motivado el acuerdo y apelando a la discrecionalidad técnica de la Administración contratante. Y concluye que, de ser aceptada, se quebrantaría el principio de igualdad, al permitírsele presentar en fase de aclaración de la oferta una nueva oferta de NEXOMETAL, que modifica las condiciones y costes justificados originalmente, y se aportan presupuestos posteriores, habiéndose también modificado los costes directos.

Sexto. Por Resolución de la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, se acordó mantener la suspensión del procedimiento de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 104.6 de la LCSE.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso ha sido debidamente interpuesto ante este Tribunal, que es competente para su resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 de la LCSP en relación con lo dispuesto en la disposición adicional trigésima novena de la LCSP, al tratarse de un contrato de obras de Autoridad portuaria, cuyo valor estimado excede de 3.000.000 euros, sometido a legislación armonizada.

Segundo. El acto es susceptible de recurso, conforme a los arts 44.1 a) y 44.2 b) y c) LCSP, al recurrirse la exclusión y adjudicación. En este sentido, la mención en la reclamación del anuncio (que constituye la exteriorización y forma de comunicación de dichos actos), no desvirtúa el hecho de que aquéllos son los realmente recurridos, contra lo que pretende una de las entidades personadas en sus alegaciones.

Tercero. El recurso ha sido interpuesto ante este Tribunal dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 50 de la LCSP, al no haber transcurrido los 15 días hábiles de plazo entre la fecha de la notificación del acto impugnado y la de presentación del recurso.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, respecto del acto de adjudicación, al implicar el mismo la exclusión de su oferta.

Quinto. La resolución del recurso pasa por analizar en primer lugar si, como dice la recurrente, el acto de adjudicación, que determina la exclusión de la recurrente, está debidamente motivado.

En este caso, la licitación que nos ocupa está regulada (de acuerdo con la fecha de inicio de la licitación) por la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante LCSE).

En cuanto a la notificación y motivación del acuerdo recurrido, procede traer a colación nuestra Resolución 932/2015 o la 24/2016, en las cuales dijimos que debe recordarse que el artículo 83 de la LCSE señala, bajo la rúbrica "*Adjudicación de los contratos*":



“1. La entidad contratante, a la vista de la valoración de las ofertas y en función del criterio de adjudicación empleado, comunicará motivadamente al licitador que hubiere formulado la oferta de precio más bajo o aquella que resulte ser la oferta económicamente más ventajosa, la adjudicación del contrato.

2. Asimismo, comunicará también de forma motivada a los restantes operadores económicos el resultado de la adjudicación acordada.

3. No podrá procederse a la formalización del contrato hasta tanto transcurra el plazo de quince días hábiles a que se refiere el apartado 2 del artículo 104. 4...”

Y el artículo 84 de la LCSE continúa afirmando, bajo la rúbrica *“Información a los licitadores”*:

“1. Las entidades contratantes informarán a los operadores económicos participantes en el menor plazo posible de las decisiones tomadas en relación con la adjudicación del contrato, con la celebración de un acuerdo marco o con la admisión a un sistema dinámico de adquisición, incluidos los motivos por los que hayan decidido no adjudicar un contrato para el que se haya efectuado una convocatoria de licitación o volver a iniciar el procedimiento, no celebrar un acuerdo marco o no aplicar un sistema dinámico de adquisición. Esta información se facilitará por escrito en caso de que así se solicite a las entidades contratantes.

(...)

3. Las entidades contratantes comunicarán, a todo candidato o licitador descartado en un plazo que no podrá, en ningún caso, sobrepasar los quince días a partir de la recepción de una solicitud por escrito los motivos del rechazo de su candidatura o de su oferta, incluidos los motivos de su decisión de no equivalencia o de su decisión, que las obras, suministros o servicios no se ajustan a las prescripciones de rendimiento o a las exigencias funcionales requeridas y, con respecto a todo contratista que haya efectuado una oferta admisible, las características y ventajas relativas de la oferta seleccionada, así como el nombre del adjudicatario o las partes en el acuerdo marco”.

Como señala el recurrente, este Tribunal tiene reiteradamente afirmado, desde sus primeros pronunciamientos y tratando de la motivación de la adjudicación de los contratos sometidos al TRLCSP (ahora LCSP) , que para que la notificación del acuerdo de adjudicación pueda considerarse válida no basta con reseñar la simple indicación en ella de la puntuación obtenida por los licitadores; y que obviamente, de existir un licitador excluido, hay que exponer las causas de exclusión (ya desde las Resoluciones 272/2011 o 334/2011, que han sido luego reiteradamente reafirmadas en multitud de resoluciones posteriores).

Sin embargo, este Tribunal tiene también señalado que la doctrina así elaborada en relación con la adjudicación de los contratos sometidos a la legislación general de contratación administrativa no es sin más trasladable a los contratos sujetos a la LCSE. En este sentido, se ha afirmado en la Resolución 328/2015:

“En cuanto a la aplicación de estos criterios interpretativos a los contratos sujetos a la Ley 31/2007, y pese a que, según decíamos en la Resolución 363/2013, en principio son de aplicación las mismas exigencias de motivación en uno y otro texto, lo cierto es que los arts. 83 y 84 de la Ley referida contienen una diferencia sustancial en orden al momento en el cual ha de expresarse una motivación completa o suficiente que respete nuestra doctrina sobre la necesidad de que el interesado conozca los extremos que le pudieran llevar a impugnar, en su caso, tal actuación. Por una parte, el art. 83.2, aunque refleja también, en la comunicación de la adjudicación a los no adjudicatarios, la necesidad de que ésta sea motivada; sin embargo, por otra parte, el art. 84.3 indica, como hemos visto, que “las entidades contratantes comunicarán, a todo candidato o licitador descartado en un plazo que no podrá en ningún caso sobrepasar los quince días a partir de la recepción de una solicitud por escrito los motivos...”.

Y, sobre esta base, se concluía en la citada Resolución 328/2015:

“Si examinamos a la luz de las previas consideraciones la notificación del acuerdo de adjudicación aquí impugnado, se advierte que, por una parte, es cierto que su contenido se ciñe a indicar las puntuaciones globalmente obtenidas por el licitador y el adjudicatario, sin detallar el desglose de puntuación correspondiente a los distintos criterios aplicados ni



razonar cuáles hubieran sido las razones para asignar estas puntuaciones a las distintas ofertas. Pero, en aplicación del art. 82.3 y 84.3 precitados, la obligación de motivar con mayor amplitud y sujeción a nuestra doctrina general la decisión de adjudicación se hubiera generado a requerimiento expreso del interesado; cuando, en nuestro caso la recurrente no pidió vista del expediente ni ampliación de la información tras la notificación de la adjudicación”.

Este principio se traslada también a la no aceptación de la oferta anormalmente baja que predetermina la no adjudicación al recurrente.

Trasladando la doctrina al caso expuesto, es lo cierto que la resolución de adjudicación que ahora se impugna nada dice de las razones del rechazo de la oferta del recurrente, tal y como hemos visto de su cita en nuestro Antecedente tercero. Pero el recurrente pidió de forma previa a este recurso y se le dio acceso a la documentación que consideró oportuna, y, por tanto, fue cumplidamente informado de las causas de la no aceptación de su oferta a través del contenido del acta de la Mesa de Contratación de 26 de mayo de 2020 y los informes suscritos por los asesores técnicos referidos en nuestro Antecedente tercero, que el recurrente reconoce conocer y sobre cuya crítica basa su recurso.

Por tanto, la notificación debe considerarse conforme a Derecho con arreglo a la legislación que le es aplicable, y esta alegación no puede prosperar.

Sexto. En cuanto al fondo del asunto, se plantea en este caso si procedía la exclusión del adjudicatario, por no haber justificado la viabilidad de su oferta (que estaba en baja anormal o desproporcionada).

La LCSE no hace referencia a las ofertas anormales, si bien en su art. 61 señala: “2. La entidad contratante hará constar en el pliego de condiciones, todos los criterios de adjudicación que tiene previsto aplicar”.

Mientras que la LCSP, en materia de ofertas anormalmente bajas, señala en su artículo 149.2.b) que “Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se



considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto". Es decir, también remite a lo dispuesto en los pliegos.

Adicionalmente, el artículo 149.4 de la LCSP dispone: "Cuando la mesa de contratación, o en su defecto el órgano de contratación hubiere identificado una o varias ofertas incursas en presunción de anormalidad, deberá requerir al licitador o licitadores que las hubieren presentado dándoles plazo suficiente para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos.

La petición de información que la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación dirija al licitador deberá formularse con claridad de manera que estos estén en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta.

Concretamente, la mesa de contratación o en su defecto el órgano de contratación podrá pedir justificación a estos licitadores sobre aquellas condiciones de la oferta que sean susceptibles de determinar el bajo nivel del precio o costes de la misma y, en particular, en lo que se refiere a los siguientes valores:

- a) El ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción.*
- b) Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras,*
- c) La innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.*
- d) El respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201.*
- e) O la posible obtención de una ayuda de Estado.*



En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201.

Se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando esta sea incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico”.

Por otro lado, el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP señala que “La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación evaluará toda la información y documentación proporcionada por el licitador en plazo y, en el caso de que se trate de la mesa de contratación, elevará de forma motivada la correspondiente propuesta de aceptación o rechazo al órgano de contratación. En ningún caso se acordará la aceptación de una oferta sin que la propuesta de la mesa de contratación en este sentido esté debidamente motivada.

Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuatro, estimase que la información recabada no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador y que, por lo tanto, la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la mejor oferta, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo 150. En general se rechazarán las ofertas incursas en presunción de anormalidad si están basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde una perspectiva técnica, económica o jurídica”.



Pues bien, interesa analizar la doctrina de este Tribunal respecto de las ofertas anormalmente bajas a que se refiere el artículo 149 LCSP. Así, como decíamos en las resoluciones 142/2013 y 311/2016:

“A modo de recapitulación, la doctrina mantenida por el Tribunal determina que:

1.- Por influencia del Derecho Comunitario, la regla general del Derecho español es la de adjudicación del contrato a favor de la oferta económicamente más ventajosa, estableciéndose como excepción a dicha regla general que la adjudicación pueda no recaer a favor de la proposición que reúna tal característica cuando ésta incurra en valores anormales o desproporcionados.

El hecho de que una oferta incluya valores anormales o desproporcionados no implica su exclusión automática de la licitación, sino la necesidad de conferir trámite de audiencia al contratista para que justifique la viabilidad económica de la proposición, y de recabar los asesoramientos técnicos procedentes.

3.- 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”.

También hemos de recordar aquí la doctrina constante de este Tribunal sobre las llamadas justificaciones de bajas, pudiendo citar a modo de resumen, la Resolución nº 671/2018, de 14 de septiembre, del Recurso 678/2018, en la que se determina lo siguiente:

“En la Resolución nº 863/2017 de 6 de octubre, del Recurso nº 783/2017, dijimos:

“El examen del primer motivo impugnatorio debe partir de la doctrina, que, de forma ya consolidada, ha sido elaborada por este Tribunal en relación con la aceptación o rechazo de las ofertas incursas en presunción de anormalidad o desproporcionalidad de la baja. Así, se ha indicado que la presunción de que una oferta es anormalmente baja o desproporcionada tiene por finalidad que, ante la desconfianza sobre su normal

cumplimiento en sus propios términos, se siga un procedimiento contradictorio para evitar que tales ofertas se puedan rechazar sin comprobar que sí existen circunstancias objetivas que explican los bajos precios o costes ofertados y, por ello, que sí se puede cumplir normalmente en sus propios términos. Por la misma razón de evitar la discriminación y garantizar la igualdad de trato entre los licitadores, también los supuestos para poder calificar como desproporcionada una oferta deben estar tasados y previamente determinados. Y si a la vista de una justificación insatisfactoria de dicho bajo nivel de precios o de costes ofertados no se destruye dicha presunción y, por ello, se considera que la oferta no se puede cumplir en sus propios términos, cabe su rechazo y la exclusión del licitador". En el mismo sentido, nos pronunciamos en la Resolución 82/2018".

Y, en la misma Resolución 863/2017, en cuanto al alcance de dicha justificación, dijimos:

"...el Tribunal viene entendiendo que la finalidad de las Directivas comunitarias sobre contratación pública y la legislación de contratos del sector público es que se siga un procedimiento contradictorio, para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados sin explicar antes de forma satisfactoria el bajo nivel de precios o de costes propuestos y que, por tanto, es susceptible de normal cumplimiento en sus propios términos. No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de dar explicaciones que justifiquen de forma satisfactoria el citado bajo nivel de precios o de costes propuestos y, por tanto, despejen la presunción inicial de anormalidad de la baja ofertada, de forma que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede cumplir normalmente la oferta en sus propios términos. Y obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser, en su caso, más profundos, sólidos, detallados o extensos cuanto mayor sea la anormalidad de la baja. La decisión sobre la aceptación o no de la oferta debe atender a los elementos de la proposición y a la valoración de las alegaciones del contratista y las concretas circunstancias de la empresa licitadora".

Y respecto de la motivación del criterio del órgano de contratación sobre que la justificación del licitador incurso en temeridad no explica satisfactoriamente el bajo nivel de precios propuesto o costes ofertados, dijimos:



“Por lo tanto, es necesaria una motivación suficiente en los casos en los que se considere que las explicaciones dadas no son satisfactorias respecto del bajo nivel de precios o de costes ofertados y, por ello, acuerde la exclusión del licitador por no considerar susceptible de normal cumplimiento en sus propios términos la oferta, ...”.

Pues bien, expuesto lo antedicho con carácter general, y aplicándolo analógicamente a falta de regulación expresa en la LCSE, se ha seguido en nuestro caso un procedimiento contradictorio, y no cabe duda de que formalmente la causa de exclusión está motivada, pues el acta de la Mesa de contratación de 26-5-2020 referida en el Fundamento precedente explicita con claridad las razones por las cuales se considera anormal la oferta, complementadas con los informes técnicos que describe y que obran en el expediente a disposición del recurrente.

Séptimo. Sentado lo anterior, y en cuanto a si tal motivación queda materialmente justificada, hemos sentado en nuestra doctrina que no cabe apelar en estos casos sin más a la discrecionalidad técnica del órgano de contratación, sino que hay que atender a un enjuiciamiento más pleno de la razonabilidad de su planteamiento en atención a los hechos que constan en el expediente y las alegaciones del recurrente.

Comenzando por la medición y el cálculo de la cimentación, recordemos que el órgano de contratación viene a señalar (muy resumidamente) que su carácter erróneo ha propiciado la posibilidad de atribuirle un coste menor.

En este punto, se alega en primer lugar por el recurrente que el órgano de contratación no ha aplicado el pliego, que solo permite atender a la formulación económica allí recogida, y no a razones técnicas.

Pues bien, el recurrente confunde aquí (i) la aplicación de los pliegos en orden a la calificación de la oferta como anormalmente baja, que efectivamente en los que rigen esta contratación atiende solo a razones cuantitativas de la parte económica de la oferta; con (ii) la justificación de tal oferta, en que pueden ponderarse razones técnicas que inciden en el coste, por las cuales se entienda que tal justificación no es razonable y no destruye la presunción de anormalidad generada por la aplicación del pliego.



Así, en nuestro caso y como se ve en el Antecedente tercero, con fecha 18 de noviembre de 2019, la Mesa de Contratación procedió a la comprobación de ofertas incursas en baja anormal o desproporcionada, resultando como límite oferta menor de 14.940.323 euros, siendo la oferta de la UTE compuesta por las recurrentes de 13.689.653,01 euros, resultando pues la misma (y otra licitadora) incursas en dicha presunción. Por tanto, se aplicaron estrictamente las fórmulas del pliego en la calificación de la oferta como incursa en baja anormal, sin que el recurrente discuta la correcta aplicación de dichas fórmulas.

Por otra parte, tanto el artículo 69.4 párrafo segundo del Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de febrero, ahora vigente para los sectores excluidos, pero no directamente aplicable “ratione temporis” a nuestra contratación, como el artículo 149.4 párrafo undécimo de la LCSP, señalan:

"Se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando esta sea incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico".

Asimismo, la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, en su Considerando 108, indica:

"Las ofertas que resulten anormalmente bajas en relación con las obras, los suministros o los servicios pueden estar basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, económico o jurídico. Cuando el licitador no pueda ofrecer una explicación suficiente, la entidad adjudicadora debe estar facultada para rechazar la oferta [..]"

Entendemos que, a falta de regulación específica, es plenamente aplicable por su espíritu y finalidad la expuesta, de modo que, si la baja en la oferta se basa en una solución constructiva que no es técnicamente correcta, la presunción de anormalidad no se destruye.

En este punto, y no permitiéndose, conforme al pliego, variables en la oferta, debemos asumir que, como señala el órgano de contratación en interpretación del proyecto

constructivo descrito en el PBT, el cálculo de la cimentación debía hacerse según el Código técnico de Edificación y/o las Recomendaciones de Obras Marítimas.

Tal exigencia, así como que se haya incumplido el pliego en este punto, resulta, en primer lugar, de los informes técnicos del órgano de contratación, que aquí sí goza de un margen de discrecionalidad técnica para apreciar el ajuste de la oferta a los pliegos (según nuestra reiterada doctrina, p ej Resolución nº 124/2017). Recordemos que el órgano de contratación dice a este respecto que *“La Autoridad Portuaria facilitó en la documentación para la licitación, además del pliego de bases técnicas, un anejo con un anteproyecto base para ayudar a los licitadores en la mejor comprensión de los objetivos de la obra y de los requisitos mínimos que debían cumplirse. También se aportó un reconocimiento geotécnico realizado en la parcela, que permitía generar un modelo del terreno a partir de los sondeos. Finalmente, en el pliego de bases técnicas se fijaron los valores característicos de los parámetros geotécnicos de cada material, para que no hubiera diferencias en la interpretación de los licitadores en cuanto a la resistencia al corte del terreno. Con este planteamiento se intentaba conseguir un modelo teórico uniforme de los perfiles geotécnicos de la parcela, con los parámetros geotécnicos que debían utilizarse en los cálculos, fijando también la normativa de cálculo que debía aplicarse a la cimentación. De esta forma no había riesgo de que un licitador presentara una oferta que no se ajustara a estas condiciones, porque todos ellos calcularían la cimentación sobre el mismo modelo, con los mismos datos y la misma normativa”*.

Y, por otra parte, el incumplimiento de las condiciones técnicas de la oferta por la recurrente resulta también del hecho de que el mismo no niega explícitamente que no haya ajustado su cimentación a lo requerido en la licitación, sino que incluso asume en su argumentación que se trata de una “solución técnica distinta”, y defiende su proceder en base a su permisibilidad.

Por tanto, y recapitulando, es lícito que el órgano de contratación valore las características técnicas de la oferta para ponderar si se destruye la presunción de anormalidad; y, en nuestro caso, el licitador no se ajustó a las exigencias técnicas del pliego.



Respecto de la justificación del por qué se apartó de dichas exigencias, y en primer lugar, el recurrente señala que los propios pliegos asumen tal margen de error en la medición. Pero, en este punto, resultan razonables las explicaciones del órgano de contratación según las cuales el erróneo cálculo realizado por el recurrente va más allá de los márgenes de error asumidos en esta medición que se derivan del Anexo IV del PCAP, de su Cl.21, del apartado 27 del Cuadro de características y de la Cla.23 PBT y su Anexo 1, que se alegan por el recurrente y se citan en nuestro Antecedente segundo; y también es razonable la explicación de por qué no se excluyó su oferta previamente por falta de ajuste al pliego.

Recordemos que dicho órgano argumenta a este respecto que *“...la cuestión del cálculo de la cimentación fue objeto de penalización en la fase de la valoración técnica de la oferta. El licitador afirmó en su oferta que se había calculado la carga de hundimiento y la longitud de empotramiento de los pilotes, pero no aportó los cálculos realizados (la información omitida se puede exigir en cualquier momento del proceso y por tanto no se excluyó la oferta). Y fue en la solicitud de aclaraciones para considerar la viabilidad económica de la oferta, cuando se requirió la información que faltaba para justificar la medición presupuestada de los pilotes, fundamental en el cálculo de su importe, comprobándose el incumplimiento del pliego de bases técnicas al no utilizar los parámetros geotécnicos ni la normativa de cálculo de obligado cumplimiento.”* Y tras explicar qué documentación les fue facilitada para elaborar la oferta, según cita ya hecha, señala que *“Ahora bien, a la hora de ejecutar la obra, los parámetros del terreno real, así como el techo y espesores de cada tipo de material, no coincidirán exactamente con el modelo teórico del pliego. La precisión del modelo no puede llegar al 100%. Esto supondrá, sin duda, diferencias de medición en la longitud real de los pilotes, cuyo coste no debe asumir el contratista, y así se indica claramente en el pliego de bases técnicas. Por tanto, se admitirán diferencias de medición respecto a las previstas en el proyecto si estas diferencias se deben a que el terreno real no se ajusta exactamente a los perfiles geotécnicos supuestos en el modelo teórico, o si los parámetros geotécnicos reales también son algo diferentes de los previstos. Además, pueden aparecer otros materiales no identificados en el reconocimiento geotécnico, que afecten a la cimentación. Incluso se admite que estas diferencias puedan llegar a provocar la necesidad de modificación del contrato, y por ese motivo se prevé esta posibilidad en su cuadro de características, como medida presupuestaria preventiva.*

Estas diferencias de medición en los pilotes no se pueden considerar errores de proyecto en ningún caso, porque se deben a un desajuste entre el modelo supuesto en los cálculos, creado a partir del reconocimiento geotécnico, y el terreno real que es mucho más complejo. Y además no es posible evitarlo salvo que se realice un sondeo por pilote (coste y plazo inasumible). Esta diferencia de mediciones, que como se ha dicho no debe considerarse un error, es muy distinta de aquella otra debida a que el licitador no se ajustó al modelo del terreno aportado en el pliego, no utilizó los parámetros geotécnicos que se le facilitaron, y tampoco aplicó la normativa de cálculo que obligatoriamente debía utilizar, buscando con ello reducir la medición estimada en los pilotes de cimentación, y con ello falsear su oferta económica para obtener ventaja en la adjudicación del contrato”.

Y tampoco puede considerarse una diferencia de medición asumible como subsanable y susceptible de ser solucionada, en su caso, a través de un modificado, como se pretende también por el reclamante: la cláusula 21 del PCAP señala que éstos “*Corresponden a unidades de obra con incertidumbre en medición que no puede resolverse en la fase de proyecto, pero que durante la ejecución de la obra son susceptibles de medición objetiva.*” Y, por ello, conforme a lo expuesto por el órgano de contratación y ya citado, es razonable entender que los modificados previstos en el pliego deben ceñirse a las diferencias de medición respecto a las previstas en el proyecto que se deban a que el terreno real no se ajusta exactamente a los perfiles geotécnicos supuestos en el modelo teórico, o a que los parámetros geotécnicos reales sean algo diferentes de los previstos, o a aparezcan otros materiales no identificados en el reconocimiento geotécnico, que afecten a la cimentación, por la diferencia entre un planteamiento basado en un estudio geotécnico y lo que se vaya comprobando sobre el terreno real; no, por tanto, a diferencias de medición debidas a una decisión técnica alternativa del licitador.

Lo que no puede claramente hacerse es proponer una solución técnica diferente a la propuesta en el anteproyecto base, con el objeto de reducir los costes, y luego pretender que los posibles defectos a que pudiera dar lugar se solucionarán a través de un modificado; porque ello supone asumir la irrealidad de la oferta.

Por ello, entendemos que su rechazo estaba materialmente justificado en este punto, no sólo por la aplicación analógica del artículo 149.4 de la LCSP, que establece que se



entenderá en todo caso que la justificación no explica los precios o costes propuestos por el licitador cuando se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, sino también por incumplir directamente los pliegos del procedimiento de contratación.

Además, la empresa recurrente no ofrece explicación alguna sobre dos de las causas de exclusión que reflejó la Resolución del órgano de contratación, de 27/5/2020: la omisión en su justificación de los costes del personal de topografía a tiempo completo, incumpliendo el compromiso de su propuesta técnica, y el no haber consignado partida alguna para costes imprevistos.

Octavo. La anormalidad de la oferta en estos extremos, cuantitativamente relevantes, así como la procedencia de exclusión de la oferta de la empresa recurrente por incumplimiento de los pliegos, lleva a desestimar su recurso, sin necesidad de entrar a valorar la suficiencia de los costes del transporte del acero.

En todo caso, dejar constancia de que, como se ha reflejado en el antecedente de hecho quinto de esta Resolución, el órgano de contratación argumenta que la empresa recurrente ha modificado, con ocasión del recurso, la argumentación sobre la inclusión de los costes del transporte del acero de la India a España, manifestando ahora que están incluidos en la oferta de NEXOMETAL en la partida denominada “transporte a obra”. Y que, con ocasión de la solicitud de aclaración de la justificación realizada, aportó un nuevo documento, no incluido inicialmente en justificación de la presunción de anormalidad de su oferta, consistente en una nueva oferta de la empresa NEXOMETAL, de fecha 20-12-2019, que no le había sido solicitado.

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. F. N. M., en representación de OBRASCON, HUARTE, LAIN S.A., (en adelante, OHL) y de SOCIEDAD ANÓNIMA



TRABAJO Y OBRAS, (en adelante SATO y, conjuntamente con OHL, la UTE OHL-SATO) contra su exclusión y el acuerdo de adjudicación del contrato relativo al proyecto y la obra para el *“Acondicionamiento de la parcela 8.2.3 para PDI de automóviles (puerto de Santander) (silo con planta baja y primer forjado)”*, expediente: p. 343, adoptado por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santander.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento.

Tercero. Declarar que no se aprecia mala fe ni temeridad en la interposición del recurso, por la que no procede imponer sanción alguna.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.