



Recurso nº 1010/2024

Resolución nº 1113/2024

Sección 1ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 19 de septiembre de 2024.

VISTA la reclamación interpuesta por D. P.M.P.D.F., en representación de ROVER MARITIME, S.L., contra el acuerdo de adjudicación del contrato de obras del “*Muelle de contenedores de la ampliación Norte del Puerto de Valencia*”, con expediente EC23-C02-10000, convocado por la Autoridad Portuaria de Valencia, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha de 22 de diciembre de 2023, el órgano de contratación acordó la iniciación del procedimiento para la adjudicación de la obra “*Muelle de contenedores de la ampliación Norte del Puerto de Valencia*”, con un valor estimado de 656.730.245,78 €, ordenando su tramitación por procedimiento abierto.

Con fecha 27 de diciembre de 2023, el correspondiente anuncio de licitación fue enviado para su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea —DOUE— y publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 28 de diciembre de 2023.

Segundo. Finalizado el plazo de presentación de ofertas se recibieron proposiciones de las siguientes empresas:

1. ACCIONA CONSTRUCCIÓN S.A.- JAN DE NUL, NV – GRUPO BERTOLÍN S.A.U. (en compromiso de UTE).
2. DRAGADOS S.A. – ROVER MARITIME S.L. – TORRESCÁMARA Y CIA. DE OBRAS S.A. – DREDGING INTERNATIONAL ESPAÑA S.A. – DRAVO S.A. (en compromiso de UTE).



3. FCC CONSTRUCCIÓN S.A. – PAVASAL EMPRESA CONSTRUCTORA S.A. – BOSKALIS NEDERLAND BV (en compromiso de UTE).

4. SACYR CONSTRUCCIÓN S.A. – SOCIEDAD ANÓNIMA TRABAJOS Y OBRAS – BECSA S.A. – AGRUPACIÓN GUINOVART OBRAS Y SERVICIOS HISPANIA S.A. (en compromiso de UTE).

Tercero. La licitación se rige por el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (RDL 3/2020, en adelante).

Cuarto. Con fecha 9 de abril de 2024, se procedió por la mesa de contratación a la apertura de los sobres nº1 (documentación acreditativa de los requisitos previos) de las proposiciones presentadas a la licitación. Si bien se requirió por la mesa de contratación la subsanación de algunos aspectos de la documentación presentada por tres de los licitadores, en sesión de 18 de abril de 2024, revisada la documentación presentada en trámite de subsanación, se acordó la admisión de todos ellos.

En esa misma sesión, la mesa de contratación procedió a la apertura del sobre nº 2 relativo a los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor, acordando el traslado del contenido de estos a la Comisión Técnica.

Quinto. Con fecha de 26 de mayo de 2024 se emite por la Comisión Técnica informe de valoración de los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor. La mesa de contratación, en sesión de 31 de mayo de 2024, procede a la valoración de los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor y a la apertura de los sobres nº 3 correspondientes a los criterios evaluables mediante fórmula.

Sexto. En esa misma fecha, el 31 de mayo de 2024, la mesa de contratación formula propuesta de adjudicación a la oferta presentada por ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A.- JAN DE NUL, NV-GRUPO BERTOLÍN, S.A.U. (en compromiso de UTE).



Séptimo. Aceptada la propuesta de adjudicación por el órgano de contratación, con fecha de 3 de junio de 2024 se requiere la documentación previa a la adjudicación a ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A.-JAN DE NUL, NV-GRUPO BERTOLÍN, S.A.U. (en compromiso de UTE).

Octavo. Con fecha de 14 de junio de 2024 se presenta por ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A.-JAN DE NUL, NV-GRUPO BERTOLÍN, S.A.U. (en compromiso de UTE) la documentación previa a la adjudicación. Revisada la misma por la mesa de contratación, en sesión de 18 de junio de 2024, se acuerda requerir la subsanación de algunos aspectos.

Noveno. La mesa de contratación, en sesión de 26 de junio de 2024, procede a la revisión de la documentación presentada en trámite de subsanación por ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A.-JAN DE NUL, NV-GRUPO BERTOLÍN, S.A.U. (en compromiso de UTE), acordando la conformidad de esta. El órgano de contratación resuelve la adjudicación el 1 de julio de 2024, con notificación a los licitadores el día 2 de julio.

Décimo. Contra el citado acuerdo de adjudicación, ROVER MARITIME, S.L. interpone reclamación con fecha de entrada en el Registro Electrónico General de la Administración General del Estado de 22 de julio de 2024.

Undécimo. Con fecha 31 de julio de 2024 se da traslado de la reclamación a los demás interesados a fin de que en el plazo de cinco días formulen las alegaciones que a su derecho estimen oportunos, habiendo evacuado dicho trámite la adjudicataria, la cual interesa la inadmisión o la desestimación de esta.

Duodécimo. Por resolución de 31 de julio, la Secretaria General del Tribunal, por delegación de este, ha acordado mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución de la reclamación la que acuerde el levantamiento



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La presente reclamación se interpone ante este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 120.1 del RDL 3/2020.

Segundo. El objeto de la reclamación es el acuerdo de adjudicación de un contrato de obra cuyo valor estimado es de 656.730.245,78 € (superior al importe establecido en el artículo 1.1.c) del RDL 3/2020), y se encuentra en relación con las actividades identificadas en el artículo 12, susceptible, por tanto, de reclamación en materia de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 119.1 y 2 c) del citado Real Decreto-ley.

Tercero. En cuanto al plazo para recurrir, la reclamación de la recurrente fue interpuesta el día 22 de julio de 2024, por lo que no ha transcurrido el plazo de 15 días hábiles previsto en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

Cuarto. En cuanto a la legitimación, el artículo 48 de la LCSP dispone que:

“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”.

En este caso consta en la documentación obrante en el presente procedimiento de contratación, que las empresas DRAGADOS S.A., ROVER MARITIME S.L., TORRESCAMARA Y CIA DE ORAS S.A., DRAVO S.A. y DREDGING INTERNATIONAL ESPAÑA S.A. conformaron una agrupación de empresas que ha concurrido en el presente proceso de licitación, con compromiso de constituir al efecto una unión de empresarios de carácter temporal, a formalizar en caso de adjudicación; y siendo la oferta de la citada UTE la segunda mejor clasificada ostenta un interés concreto y preciso conforme al artículo 48 de la LCSP, cual es la posible adjudicación del contrato objeto de licitación ya que de estimarse la pretensión de la recurrente podría resultar adjudicataria del contrato. Es por lo que debe reconocérsele legitimación para interponer el presente recurso.



Además, resulta de aplicación el artículo 24.2 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, dispone que *“en el caso de que varias empresas concurren a una licitación bajo el compromiso de constituir unión temporal de empresas para el caso de que resulten adjudicatarias del contrato, cualquiera de ellas podrá interponer el recurso, siempre que sus derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*.

Incluso el Tribunal Supremo tiene sentada la doctrina de que cada uno de los integrantes de una UTE está legitimado para actuar individualmente en defensa de sus derechos. En este sentido puede citarse la Sentencia n.º 216/2020, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (Sección 4ª), de 17 de febrero de 2020, que trae causa del recurso de casación n.º: 36/2018: *“cada uno de los integrantes de una unión temporal de empresas (UTE) está legitimado para actuar individualmente en defensa de sus derechos para impugnar actuaciones administrativas adoptadas en la fase de adjudicación de un contrato administrativo”*; o la Sentencia del Tribunal Supremo 1397/2023, de 07 de noviembre, que concluyó que *“las sociedades integrantes de una unión o asociación de empresas ostentan legitimación para actuar individualmente en defensa de sus derechos frente a la no adjudicación de un contrato administrativo al que ha concurrido la unión de empresas siempre que quede acreditado un interés particular y que al actuar en beneficio de la unión de empresas su acción no entra en contradicción con la actuación procesal o los intereses de la unión de empresas en cuanto entidad colectiva”*.

Quinto. Entrando a analizar el fondo del asunto, la empresa actora considera que la resolución objeto del recurso es nula de pleno derecho por dos razones fundamentales:

1º. Por razones técnicas que hubieren determinado la exclusión de la adjudicataria por diversos incumplimientos en los que ha incurrido.

2º. Por falta de aptitud para poder contratar con la Administración dada la existencia de prohibiciones de contratar en alguno de los miembros de la UTE.

Así, dentro de las cuestiones relativas a razones técnicas, la recurrente alega que:



a. La oferta presentada por UTE ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A., JAN DE NUL, N.V.-BERTOLIN, S.A.U. debe ser excluida por cuanto no cumple con la condición exigida en la Norma Específica 5 del PCAP, en relación con los tiempos mínimos de consolidación recogidos en el Informe de Puertos del Estado, tras el fondeo y relleno de cajones y tras la ejecución de la precarga sobre la nueva explanada, y que son de obligado cumplimiento para todos los licitadores.

b. De igual manera, la oferta de la UTE adjudicataria debió excluirse por cuanto el proceso constructivo presentado no cumple con los condicionantes medioambientales contemplados en la Norma Específica 5 del PCAP.

c. La oferta presentada por UTE ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A.-JAN DE NUL, N.V.-BERTOLÍN, S.A.U. debe ser excluida por cuanto incumple las limitaciones de páginas y formato previstas en el PCAP para la Memoria Constructiva.

d. La puntuación otorgada a la UTE ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A.-JAN DE NUL, N.V.-BERTOLÍN, S.A.U. debe ser corregida por cuanto vulnera el principio de igualdad de trato y no discriminación. Así, en el Informe Técnico de la Comisión Evaluadora se otorga una mayor puntuación a la oferta de la adjudicataria que a la de la reclamante, bajo el presupuesto, a su juicio incorrecto, de que en el proceso constructivo propuesto no se contemplan fondeos provisionales de cajones.

En segundo lugar, en cuanto a las razones de aptitud invocadas por la actora, se afirma:

a. Que La oferta presentada por UTE ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A.-JAN DE NUL, N.V.-BERTOLÍN, S.A.U. debe ser excluida de la presente licitación, por cuanto uno de sus integrantes, JAN DE NUL NV, incurre en la prohibición de contratar prevista por el art. 71.1.d) LCSP, al ser una empresa de 50 o más trabajadores y no cumplir con la obligación de contar con un Plan de Igualdad.

b. La oferta presentada por UTE ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A., JAN DE NUL, N.V.-BERTOLIN, S.A.U. debe ser excluida de la presente licitación, por cuanto uno de sus integrantes, ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A. incurre en la prohibición de contratar



prevista por el Art. 71.1.d) LCSP, no cumplir el requisito de que al menos el 2 por ciento de sus empleados sean trabajadores con discapacidad en el momento de presentar la oferta.

Solicita que se acuerde la anulación de la adjudicación a la UTE, ordene su exclusión y retroacción del procedimiento de licitación hasta el momento anterior a la valoración de las ofertas económicas y técnicas presentadas por los licitadores, con el objeto de que se realice una nueva valoración de estas teniendo en cuenta los fundamentos de su reclamación.

Si bien como cuestión previa a los motivos anteriores, plantea un asunto en relación con el acceso al expediente posibilitado por el órgano de contratación y la incidencia en el mismo de la confidencialidad justificada por el adjudicatario, solicitando, subsidiariamente, que, en virtud del artículo 29.3 del Real Decreto 814/2015, se le conceda acceso al expediente de contratación por plazo de diez días de la documentación indicada en su escrito de 17 de julio de 2024 con carácter previo al trámite de alegaciones para completar la reclamación o, en su defecto, se acuerde la retroacción de actuaciones al momento de notificación del acuerdo de adjudicación para que el órgano de contratación dé acceso al expediente para que pueda formular una nueva reclamación.

Por su parte el órgano de contratación se opone a la reclamación interesando su íntegra desestimación.

Sexto. Expuestos en estos términos el objeto de debate, debemos comenzar por la cuestión previa que plantea la actora, en cuanto a la limitación del acceso al expediente que interesó la actora al órgano de contratación.

Sostiene la recurrente que, por el órgano de contratación, se ha considerado confidencial la práctica totalidad de la documentación técnica y administrativa presentada por el adjudicatario, lo que le ha impedido comprobar con garantías si la resolución de adjudicación y el resto de actuaciones documentadas en el expediente cumplen con las prescripciones del PCAP y las previsiones legales aplicables.

Afirma que la confidencialidad no debería haber abarcado la información que ha sido susceptible de valoración ni aquellos documentos justificativos de acreditación del



cumplimiento de los requisitos previos para contratar con la administración, entendiéndose que el derecho de acceso de ROVER MARITIME, S.L. se ha incumplido porque solo ha tenido acceso a un número ínfimo y reducido de documentos.

Considera además que la confidencialidad ha sido concebida por el órgano de contratación de manera absoluta y no justificada y que ello le ha generado indefensión. Cuestiona, asimismo, que en un momento posterior a la valoración de las ofertas se haya permitido ampliar el alcance de la confidencialidad y entiende difícil de justificar que se haya declarado confidencial hasta el DEUC. Defiende que habría resultado necesario un pronunciamiento por parte del órgano de contratación, mediante el cual hubiera determinado razonadamente la confidencialidad de los documentos solicitados en nuestros escritos y a cuyo acceso se ha denegado sistemáticamente a ROVER MARITIME, S.L., como garantía del derecho a recurrir.

Pues bien, debemos adelantar que, en relación con el acceso íntegro al expediente de contratación, dichas alegaciones deben desestimarse.

El artículo 133.1 LCSP dispone en su primer párrafo:

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

El deber de confidencialidad del órgano de contratación, así como de sus servicios dependientes, no podrá extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario ni a todo el contenido de los informes y documentación que, en su caso, genere directa o indirectamente el órgano de contratación en el curso del procedimiento de licitación.



Únicamente podrá extenderse a documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles.

El deber de confidencialidad tampoco podrá impedir la divulgación pública de partes no confidenciales de los contratos celebrados, tales como, en su caso, la liquidación, los plazos finales de ejecución de la obra, las empresas con las que se ha contratado y subcontratado, y, en todo caso, las partes esenciales de la oferta y las modificaciones posteriores del contrato, respetando en todo caso lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal”.

Sobre la aplicación del precepto el Tribunal se ha pronunciado en diversas resoluciones, debiendo reseñarse la dictada el 30 de abril de 2019, Resolución 461/2019, en cuyo fundamento de derecho sexto decíamos:

“Este Tribunal ha venido señalando que el carácter confidencial no puede reputarse de cualquier documentación que así sea considerada por el licitador, sino que, en primer lugar, debe ser verdaderamente confidencial, en el sentido de venir referida a secretos técnicos o comerciales. En relación con la definición de secreto técnico o comercial, en la resolución nº 196/2016, se estableció que se consideran secretos técnicos o comerciales el ‘conjunto de conocimientos que no son de dominio público y que resultan necesarios para la fabricación o comercialización de productos, la prestación de servicios, y la organización administrativa o financiera de una unidad o dependencia empresarial, y que por ello procura a quien dispone de ellos de una ventaja competitiva en el mercado que se esfuerza en conservar en secreto, evitando su divulgación’.

También se indicó en la misma resolución, que para que la documentación sea verdaderamente confidencial, es necesario que se trate de documentación que ‘a) que comporte una ventaja competitiva para la empresa, b) que se trate de una información verdaderamente reservada, es decir, desconocida por terceros, c) que represente un valor estratégico para la empresa y pueda afectar a su competencia en el mercado’.

Es, asimismo, criterio consolidado de este Tribunal que el carácter confidencial no puede ser declarado de forma genérica sobre la totalidad de la documentación, ni ser aceptada dicha declaración de forma acrítica por parte del órgano de contratación, sino que tiene



éste la competencia para analizar la documentación específicamente señalada por el licitador como confidencial y, a la vista de sus justificaciones y argumentos, determinar si, efectivamente, concurren los requisitos y criterios señalados para poder otorgarle tal carácter, sacrificando así el principio de transparencia que ha de inspirar con carácter general la actuación de los poderes públicos particularmente en el procedimiento de contratación.

En definitiva, y tal como afirma la Resolución nº 58/2018 de 19 de enero, para que pueda ser sacrificado el principio de transparencia y el derecho de defensa de los licitadores en favor del deber de confidencialidad, configurado con arreglo al artículo antes transcrito, es necesario que los licitadores que invocan tal deber justifiquen suficientemente que la documentación aportada es verdaderamente confidencial”.

A la vista de lo expuesto, se ha de concluir que el órgano de contratación ha actuado con arreglo al artículo 133 de la LCSP. En efecto, según resulta del expediente remitido, el 5 de junio de 2024, tras la propuesta de adjudicación, por la actora ROVER MARITIME, S.L. se solicita por primera vez acceso al expediente.

El día siguiente, 6 de junio, el órgano de contratación remite requerimiento de designación de información confidencial a ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A.-JAN DE NUL, NV-GRUPO BERTOLÍN, S.A.U. (en compromiso de UTE), requerimiento que es atendido con fecha de 10 de junio de 2024.

Con fecha de 11 de junio de 2024, se solicita nuevamente por ROVER acceso al expediente, incluyendo un alcance mayor que en la primera solicitud. El órgano de contratación remite requerimiento de designación de información confidencial a SACYR-SATO-BECSA-GUINOVART (en compromiso de UTE, FCCPAVASAL-BOSCALIS (en compromiso de UTE) y DRAGADOS-ROVER-TORRESCAMARADRAVO-DREDDING (en compromiso de UTE). Dichos requerimientos son atendidos el 21 de junio de 2024 por SACYR-SATO-BECSA-GUINOVART (en compromiso de UTE y FCCPAVASAL-BOSCALIS (en compromiso de UTE) no constando contestación por parte de DRAGADOS-ROVER-TORRESCAMARA-DRAVO-DREDDING (en compromiso de UTE). Con fecha de 2 de julio de 2024 se remite nuevo requerimiento de designación de información



confidencial a SACYR-SATO-BECSA-GUINOVART (en compromiso de UTE, FCCPAVASAL-BOSCALIS (en compromiso de UTE), requerimiento que es atendido con fecha de 4 de julio de 2024.

Finalmente, tras la adjudicación del contrato, con fecha de 3 de julio de 2024, se solicita por ROVER MARITIME, S.L. acceso al expediente, acordándose con fecha de 8 de julio de 2024 el correspondiente acceso. De esta manera, los días 10, 11 y 12 de julio de 2024 comparecen en las oficinas de la Autoridad Portuaria de Valencia las personas autorizadas por ROVER MARITIME, S.L. con el objeto de tomar vista del expediente.

Con fecha de 17 de julio de 2024, se solicita de nuevo por ROVER MARITIME, S.L. acceso a información adicional del adjudicatario, acordándose con fecha de 18 de julio, compareciendo el 22 de julio en las oficinas de la Autoridad Portuaria de Valencia las personas autorizadas por ROVER MARITIME, S.L. con el objeto de tomar vista del expediente. Comparecen asimismo con fecha de 23 de julio de 2024.

Cabe apreciar, por tanto, que la tramitación que se ha dado por el órgano de contratación a las sucesivas solicitudes de acceso al expediente, realizándose el correspondiente análisis de las declaraciones de confidencialidad presentadas por los licitadores remitiéndose, en función de las necesidades advertidas, requerimientos a todos ellos con el objeto de que concretaran determinados aspectos de la misma, evidencia que el órgano de contratación no asumió sin más las declaraciones de confidencialidad presentadas por los licitadores. Es más, como pone de manifiesto el órgano de contratación, en las sucesivas visitas se facilitó el acceso —en lo que al adjudicatario se refiere— a:

- 1) Documentación incluida en el sobre n.º1 de la oferta presentada por la agrupación de empresas formado por ACCIONA CONSTRUCCION S.A. – JAN DE NUL NV – GRUPO BERTOLÍN SAU relativa a la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos.
- 2) Documentación incluida en el sobre n.º2 de la oferta presentada por la agrupación de empresas formado por ACCIONA – JAN DE NUL – BERTOLÍN relativa a criterios de adjudicación mediante juicio de valor



- 3) Declaración de confidencialidad sobre n.º 1 de ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A.-JAN DE NUL, NV-GRUPO BERTOLÍN, S.A.U. (en compromiso de UTE).
- 4) - Declaración de confidencialidad sobre n.º 2 de ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A.-JAN DE NUL, NV-GRUPO BERTOLÍN, S.A.U. (en compromiso de UTE).
- 5- Declaración prohibición contratar ACCIONA CONSTRUCCION S.A.
- 6- Declaración prohibición contratar GRUPO BERTOLÍN SAU
- 7- Declaración prohibición contratar JAN DE NUL, N.V.
- 8- Declaración obligaciones fiscales ACCIONA CONSTRUCCION S.A.
- 9- Declaración obligaciones fiscales GRUPO BERTOLÍN SAU
- 10- Declaración obligaciones fiscales JAN DE NUL, N.V. (y traducción)
- 11- Declaración obligaciones sociales ACCIONA CONSTRUCCION S.A.
- 12- Declaración obligaciones sociales GRUPO BERTOLÍN SAU
- 13- Declaración obligaciones sociales JAN DE NUL, N.V. (y traducción)
- 14- Declaración trabajadores discapacitados ACCIONA CONSTRUCCION S.A.
- 15- Declaración trabajadores discapacitados GRUPO BERTOLÍN SAU
- 16-. Declaración de trabajadores discapacitados y plan de igualdad Jan de Nu2I

En definitiva, la primera consideración que debemos efectuar, a la vista de las circunstancias que concurren en el presente caso, es que puede apreciarse la genérica solicitud de acceso al expediente de contratación de la reclamante. En efecto, no consta el mínimo esfuerzo de la actora en concretar y justificar los aspectos del expediente que le permitirían motivar su recurso más aun a la vista de la documentación a la que sí que ha tenido acceso.



Por otro lado, la indefensión que alega el recurrente a lo sumo podría ser entendida como meramente formal, pues en ningún momento se le ha impedido conocer las razones por las que se adjudica el contrato; y, puesto que la falta de acceso a los documentos calificados de confidenciales no le ha impedido defenderse en derecho y formular un exhaustivo recurso en el que no sólo se alza sobre la base de cuestiones meramente formales como la limitación del derecho de acceso al expediente, sino que la misma actora realiza alegaciones de fondo en cuanto a la adjudicación del contrato en relación a la aptitud del adjudicatario e incluso relativo al cumplimiento de cuestiones técnicas. Todo ello muestra que la actora en ningún caso se ha visto privada de los aspectos esenciales de la oferta de la adjudicataria lo que le ha permitido alzarse contra la adjudicación.

Séptimo. Pasando al estudio de las alegaciones de la actora relativas a cuestiones técnicas, la reclamante alega:

- Incumplimiento de los períodos mínimos de consolidación en el proceso de ejecución de cajones:
- Incumplimiento de la prescripción medioambiental relativa al período de anidación de determinadas especies de aves.
- Incumplimiento de la limitación de páginas y formato de la memoria constructiva.
- Infracción de los principios de igualdad de trato y no discriminación. Impugnación de la valoración otorgada en el Informe Técnico de la Comisión Evaluadora respecto del proceso constructivo propuesto.

Para la correcta resolución de estas cuestiones técnicas, debemos comenzar recordando la consolidada doctrina de este Tribunal según la cual las valoraciones técnicas realizadas por los órganos de contratación están amparadas en el principio de discrecionalidad técnica de la Administración, de tal modo que el Tribunal sólo puede corregirlas, anulándolas, cuando se pruebe la existencia de errores evidentes o arbitrariedad.

(a) Sentado lo anterior, y comenzando por la primera de estas alegaciones, la recurrente defiende que la oferta presentada por UTE ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A., JAN DE



NUL, N.V.-BERTOLIN, S.A.U. debe ser excluida de la por cuanto no cumple con la condición exigida en la Norma Específica 5 del PCAP, en relación con los tiempos mínimos de consolidación recogidos en el Informe de Puertos del Estado, tras el fondeo y relleno de cajones y tras la ejecución de la precarga sobre la nueva explanada, y que son de obligado cumplimiento para todos los licitadores.

Afirma la recurrente que el PCAP en su anejo de Normas Específicas 5, aspecto 11, establece expresamente:

“11) De acuerdo con el Informe de Puertos del Estado y su prescripción 3, los tiempos de consolidación que figuran en el proyecto tras el fondeo y relleno de cajones y tras la ejecución de la precarga sobre la nueva explanada se consideran tiempos mínimos, a los efectos de que sean tomados por los licitadores en sus respectivas programaciones”.

Para saber cuáles son esos tiempos mínimos de consolidación que deben ser respetados por los licitadores en la programación de su oferta, debemos acudir al Informe de Puertos del Estado, de fecha 9 de marzo de 2022, y en cuya página 34 encontramos el epígrafe denominado *“6.- Conclusiones respecto de la fiabilidad técnica del proyecto”*, cuyo contenido es el siguiente:

“El proyecto incluye asimismo un cálculo de estabilidad de las secciones del muelle de contenedores y otro de las secciones de los muelles auxiliares mediante sendos modelos de elementos finitos (programa Plaxis 2D), los cuales han permitido modelizar las distintas fases de construcción de cada muelle durante la ejecución de la obra: fase inicial – ejecución columnas de jet grouting – dragado – banquetta – fondeo y relleno cajón – consolidación 30 días – relleno trasdós – relleno general – precarga – consolidación 90 días – sobrecargas de operación”.

Además, se menciona el epígrafe *“8.- Conclusiones y Dictamen”*:

“Se realizan, no obstante, las siguientes prescripciones y recomendaciones al proyecto: Los tiempos de consolidación que figuran en el proyecto tras el fondeo y relleno de cajones y tras la ejecución de la precarga sobre la nueva explanada se consideran tiempos mínimos



y deberán incluirse en el Pliego de Cláusulas de contratación de las obras a los efectos de que sean tomados en cuenta por los licitadores en su programación de las mismas".

Por lo tanto, defiende la recurrente que para cumplir los requisitos del pliego, los licitadores deben recoger en su programación 2 Periodos de Consolidación en el proceso constructivo de las obras:

- 30 días entre las actividades de fondeo y relleno de cajón y relleno de trasdós.
- 90 días entre las actividades de precarga y sobrecargas de operación.

Y, con cita de la documentación de la oferta del adjudicatario, la actora concluye "*que de la documentación se evidencia que la programación presentada por la UTE ACCIONA – JAN DE NUL- BERTOLIN- no cumple con el plazo de 30 días de periodo de consolidación entre las actividades de fondeo y relleno de celdas con el relleno de trasdos requerido por el PCAP para garantizar la estabilidad del proyecto adjudicado.*

Muy al contrario, de una sencilla lectura de la oferta presentada se puede comprobar que la oferta de la UTE contempla un periodo de consolidación de 7 días, lo que supone un incumplimiento de las prescripciones técnicas de obligado cumplimiento, que todos los licitadores deben respetar en la programación de trabajos presentada en la oferta".

Dicha alegación debe desestimarse a la vista de la documentación que obra en el expediente. En efecto, el recurrente confunde dos plazos distintos previstos en los pliegos:

Por un lado, el plazo de 30 días de consolidación, que se observa en el Anejo 13 del PPT y al que se refiere y transcribe el reclamante. Este plazo tiene lugar desde la fase del fondeo de cajón [*"Consolidación 1: Duración de 30 días tras la colocación del cajón (Fase: Fondeo de cajón). Se trata de un tiempo mínimo"*].

Y, por otro lado, está el plazo de 7 días (una semana) que se recoge en el Anejo 30, apartado 2.7 del PPT sobre el Programa de Trabajo. El referido apartado 2.7, denominado "*Desfases mínimos entre unidades*", se señala lo siguiente: "*Para algunas unidades constructivas consecutivas en el cronograma existen unos desfases o tiempos de espera mínimos que deben respetarse, como es el caso de las diferentes etapas para la*



construcción del muelle. Se guardará una espera mínima de 3 días desde el fondeo de un cajón hasta que se rellenen sus celdas de material granular y de 1 semana desde que se encuentre relleno hasta que se inicie el vertido de su trasdós, con la finalidad de permitir que se produzcan los asientos de las capas granulares y desplazamientos asociados a cada etapa”.

A este segundo plazo es el que parece referirse la oferta de la adjudicataria, sin que ello excluya el cumplimiento del plazo de consolidación de 30 días.

Por tanto, nos encontramos ante dos plazos diferenciados, conforme a la documentación contractual, el plazo de 7 días va desde el relleno del cajón hasta el comienzo de la fase de trasdós (“desde que se encuentre relleno hasta que se inicie el vertido de su trasdós”), mientras que el plazo de 30 días se cuenta tras el fondeo del cajón [“tras la colocación del cajón (Fase: Fondeo de cajón)”] sin que se aprecie incumplimiento de los mismos en la oferta de la UTE adjudicataria, al igual que el plazo de consolidación de 90 días.

En este sentido y como expone el órgano de contratación en el informe emitido con ocasión del presente recurso:

«...respecto al tiempo Consolidación 1, apartado 2.2.2.5-. relativo a los desfases mínimos entre unidades (página 7 de 150 del Programa de Trabajos), afirma que:

“2.2.2.5.- Desfases mínimos entre unidades

Para algunas unidades constructivas consecutivas, en el cronograma, existen unos desfases o tiempos de espera mínimos que deben respetarse, como es el caso de las diferentes etapas para la construcción del muelle. Según Proyecto: ‘Se guardará una espera mínima de 3 días desde el fondeo de un cajón hasta que se rellenen sus celdas de material granular y de 1 semana desde que se encuentre relleno hasta que se inicie el vertido en su trasdós, con la finalidad de permitir que se produzcan los asientos de las capas granulares y desplazamientos asociados a cada etapa”.

Adicionalmente, la propuesta de ACCIONA CONSTRUCCIÓN – JAN DE NUL – GRUPO BERTOLIN propone dejar una semana entre el fondeo de un cajón y el comienzo del relleno



de las celdas, tal como explica en la página 47 de la Memoria constructiva de la oferta variante, que se reproduce a continuación:

“El fondeo de los cajones, permitirá el inicio del relleno con material granular de las celdas de cada cajón, que en primera etapa se realizará con draga de vertido lateral. Esta actividad se iniciará a la semana de llevar a cabo el fondeo de cada cajón. Tras el relleno de cada cajón, igualmente con un desfase de 1 semana, se iniciará el vertido de pedraplén en el trasdós de los cajones y la formación de la junta entre cajones contiguos, con empleo de medios marítimos en la formación de las cotas inferiores. Estos trabajos se completarán con el empleo de medios terrestres, en los metros más superficiales, finalizando los mismos a finales del mes 21 de obra”.

De acuerdo con ello, si a los 7+7 días que plantea le sumamos el tiempo que se tarda en rellenar las celdas y las juntas, se alcanza el plazo mínimo de 30 días previsto en el proyecto.

Pretende inducir a error lo indicado por la reclamante en la página 19 de su escrito al señalar lo reflejado en la captura que se incluye a continuación, al comparar la fecha de final de relleno de celdas con el final del relleno de trasdós, condición que no se establece en la documentación que rige la licitación, pues lo que se contempla en el pliego es una condición de comienzo del trasdós desde el comienzo del fondeo del cajón, pudiendo observarse en el gráfico que presentan que desde el comienzo de las barras verdes en el M9 hasta el comienzo de las barras rosas en el M10 se cumple el plazo mínimo de 30 días requerido. (...)

Respecto al tiempo de consolidación de 90 días para la precarga de la explanada, se contempla en varios sitios de la oferta el respeto de dicho plazo. Así, por ejemplo, en la Memoria Constructiva en las páginas 137 y 138 (apartado 1.3.10.4.1 descripción y proceso constructivo), donde dice que:

“La altura del terraplén de la precarga se encuentra condicionada por la sobrecarga a considerar y de la cota de la rasante prevista para el pavimento. Es decir, la carga equivalente del espesor del pavimento y de la subbase que existirá encima de la cota +1,93 m. Debido a ello, se estiman alturas de relleno entre los 4,9 m y los 8,8 m. de altura. Se



prevé un periodo mínimo de consolidación de la precarga de 3 meses. En cualquier caso, dicho periodo será verificado en obra, pudiendo modificarse en función de la evolución de los asientos producidos y siempre bajo autorización de la Autoridad Portuaria de Valencia.

La secuencia propuesta para la ejecución de la precarga es la siguiente:

→ Se ha organizado la precarga de 1.500.000 m³ (altura media de 7,5 m. con 200.000 m² de ocupación), dividiéndola en 5 sectores de 40.000 m² cada uno, con el fin de ir cumpliendo los 3 meses de consolidación establecidos.

→ El rendimiento medio de extendido del material es de unos 100.000 m³/semana. Cada uno de los sectores prevé unas necesidades de 300.000 m³, que serán ejecutados en 3 semanas.

→ Tras la preparación de 40.000 m² de explanada, se iniciará el sistema de drenaje de la misma (mechas drenantes y manto de grava), que permitirá a su vez el vertido del material de precarga, que secuencialmente se desplazará a las otras zonas. Con la secuencia planteada, una vez rellena la precarga del cuarto sector, se descargará el primero de los sectores, habiendo transcurridos los 3 meses requeridos de consolidación. No obstante, se controlaran en todo momento los asientos producidos para decidir el momento exacto del traslado de la precarga en cada pastilla.

→ Del volumen de precarga se estima un asiento de 0,75 m, lo que conllevará una pérdida de material, que será aportado para cubrir las necesidades de precarga en las diferentes zonas.

→ En la última zona a rellenar (V-2), se prevé un excedente de unos 400.000 m³, que serán retirados finalmente a vertedero o donde finalmente sea aprobado por la D.O.”

Por su parte, en la página 7 del Programa de Trabajos se hace constar:

“...En esta hipótesis, además, sería factible la reducción de longitud drenes y los tiempos de consolidación, previa justificación y, si la Dirección de Obra lo estimara oportuno.



Aunque en la planificación se respetan los 3 meses de espera, marcados como tiempo mínimo de consolidación en el Proyecto y en Informe de Puertos del estado”».

En consecuencia, no solo parece el recurrente confundir los plazos de 30 y 7 días —éste último es el que cita como incumplimiento del plazo de 30 días— sino que, tal y como se señala en el informe transcrito, la oferta de la adjudicataria cumple con los periodos mínimos de consolidación exigidos en los pliegos.

En consecuencia, no concurre la pretendida causa de exclusión.

(b) En segundo lugar, la actora alega que la oferta de la UTE adjudicataria debió excluirse por cuanto el proceso constructivo presentado no cumple con los condicionantes medioambientales contemplados en la Norma Específica 5 del PCAP.

En particular, afirma que de la documentación a la que ha tenido acceso ROVER MARITIME, S.L. se ha observado que en los documentos de la oferta adjudicataria se prevé la ejecución de actividades de obra (fundamentalmente actividades de excavación) en los periodos en los que no se puede realizar actividad como consecuencia de los condicionantes medioambientales de la obra. En concreto, señala que *“la oferta de la UTE contempla la ejecución de trabajos en un periodo de abril a julio, que es distinto del establecido por el Condicionante Medioambiental previsto en el PCAP (marzo a abril), y que además la UTE adjudicataria programa una serie de actividades de excavación en el periodo de mayo al agosto de 2026, y por tanto dentro de los periodos que no se puede realizar esta actuación como consecuencia de los condicionantes medioambientales establecidos en el PCAP. La irregularidad incurrida por la UTE ACCIONA – JAN DE NULBERTOLIN, es causa de invalidación de su oferta, debiendo procederse a su exclusión”.*

Dicha alegación debe desestimarse con la simple lectura del PCAP. En especial en su anejo de Normas Específicas 5, aspecto 4, establece expresamente (el resaltado es nuestro):

“4) El periodo comprendido entre mediados de marzo y mediados de julio es el de nidificación de determinadas especies de aves que cuentan con un grado de protección, tales como el chorlito patinegro, el charrancito común o la gaviota de Audouin. Durante



ese periodo, en caso de avistamiento de nidos, deberán interrumpirse las actividades en la zona próxima, que será debidamente acotada”.

De la lectura de dicha previsión se desprende que no existe prohibición de la ejecución de trabajo alguno durante el periodo de nidificación, sino que, únicamente en caso de que se aviste algún nido, se interrumpirán las actividades en la zona próxima, por lo que no afectaría a toda la extensión de las obras. Esto es, no se contempla, como erróneamente sostiene el reclamante, la prohibición absoluta de realización de dichas actividades en los periodos de nidificación, sino la interrupción de actividades sólo en el caso de que durante ese periodo tuviera lugar avistamiento de nidos.

Precisamente, si acudimos a la oferta del adjudicatario, en ella se señala expresamente esta precaución:

“2.2.2.4.- Períodos de anidación de aves protegidas

Se tiene constancia de la presencia de diversas colonias de aves marinas y costeras que eligen algunas zonas del puerto de Valencia para anidar durante su temporada reproductora, aproximadamente entre los meses de abril y julio. Entre ellas, se encuentran algunas aves catalogadas como vulnerables, como la gaviota de Audouin, el charrán común, el charrancito y la canastera común.

En el caso de detectarse la aparición de nidificaciones de aves protegidas, deberán paralizarse temporalmente las actividades que se lleven a cabo en la zona del asentamiento de estas aves protegidas y en un radio de afección, que será determinado por técnicos especialistas”.

En consecuencia, no concurre la pretendida causa de exclusión.

(c) En tercer lugar, la mercantil ROVER MARITIME, S.L. defiende que la oferta presentada por UTE ACCIONA CONSTRUCCIÓN S.A. JAN DE NUL N.V. BERTOLÍN SAU, debe ser excluida, por cuanto incumple las limitaciones de páginas y formato previstas en el PCAP para la Memoria Constructiva.



Alega que el PCAP en su Norma específica 5, establece de manera textual

“Las cartas de compromiso de suministro de materiales o subcontrato de partes de obra serán aportadas conforme a los modelos de los ANEXOS A y B que se incluyen al final de estas Normas Específicas, respectivamente, en original firmado con firmas originales por todos los firmantes. En caso de compromiso de UTE, deberán ir firmados por todos los miembros de la UTE”.

“La Memoria Constructiva deberá tener una extensión conjunta máxima de trescientas (300) páginas numeradas, en formato A4, con un tamaño de letra que no será inferior al tipo Arial 10 puntos. Entran en esta cuantificación los diagramas, planos esquemas, etc. que razonablemente consideren los licitadores y que, pudiendo presentarse en formatos de papel mayores, irán numerados consecutivamente con las hojas A4”.

Y, ante una pregunta que se realizó por uno de los licitadores durante la licitación, el órgano de contratación señaló que: *“Las cartas de compromiso deben incluirse en la Memoria Constructiva y, al hacerlo, pierden sus firmas digitales originales. Con objeto de que puedan comprobarse la presencia y autenticidad de las firmas, cada carta de compromiso, individualmente, deberán ser incluida en el soporte informático. No se computarán estas páginas originales dentro de las 300, ya que deben haberse incluido en el documento de Memoria Constructiva, en el lugar que les corresponde, donde sí computarán”.*

Partiendo de anterior, la reclamante interpreta que la Norma específica 5 y la respuesta dada a la pregunta formulada señala que las cartas de compromiso que deben incluirse en la Memoria Constructiva deben ir una por página. Por lo que concluye que si se atiende al índice aportado en la Segunda Declaración de Confidencialidad de la UTE ACCIONA -JAN DE NUL – BERTOLIN, en donde se refleja que: - Apartado 1.6.2 Tabla de suministradores. Cartas de Compromiso, páginas 177-178 y - Apartado 1.11 Necesidades de subcontratación, páginas 246-249; entonces cabría concluir que la documentación presentada por la UTE ACCIONA-JAN DE NUL-BERTOLIN tiene 2 páginas para las Cartas de Compromiso de suministradores y 4 páginas para las Cartas de Compromiso de Subcontratación, por lo que no es correcta la valoración que de esta hizo el órgano de contratación.



Pues bien, esta cuestión que plantea la actora encuentra fácil respuesta a la vista de la oferta de ACCIONA CONSTRUCCIÓN–JAN DE NUL–GRUPO BERTOLIN (en compromiso de UTE). En efecto, cabe observar que tiene las páginas numeradas consecutivamente de la 1 a la 300 para la Memoria Constructiva y de la 1 a la 150 para el Programa de Trabajos.

A ello no influye la presentación de las cartas de compromiso que la actora interpreta que deben ocupar una página completa de la memoria constructiva y que por ello si las cartas de compromiso de suministradores ocupan las páginas 176 a 178 y las de subcontrataciones las páginas 246 a 249, entiende que en total se han presentado seis cartas de compromiso, *“lo que supondría que el órgano de contratación ha valorado de manera irracional, otorgando a la UTE una valoración muy superior por dicho concepto a la vista de las cartas de compromiso presentadas por los grupos licitadores, o por el contrario, y más probable se habrán presentado todos los compromisos de subcontratación y suministro en 2 y 4 páginas, lo que no seguiría el criterio establecido en el PCAP según el cual, cada carta de compromiso deben ser aportadas individualmente y en páginas separadas de la Memoria Constructiva. Esto último no está permitido por el PCAP y se corrobora con la pregunta que se realizó durante el proceso de licitación.*

En consecuencia, o no se deben aceptar las Carta de Compromiso presentadas en la Oferta presentada por UTE ACCIONA -JAN DE NUL – BERTOLIN, o se incumpliría la limitación de las 300 páginas”.

Yerra la recurrente con esta interpretación pues ni del PCAP ni de la respuesta dada por el órgano de contratación a la consulta que un licitador realizó cabe inferir que cada carta de compromiso deba ocupar una página completa. En efecto, de ello cabría entender que las cartas —al perder su firma cuando se incorporan a la memoria constructiva— deben aportarse también en un formato informático que permita validar la firma de los documentos, y que esa aportación en anexo no consumirá folios de los 300 marcados para la Memoria constructiva. Y en ningún momento ni el pliego ni la respuesta a la consulta han impuesto que las cartas que deben incorporarse a la memoria deban ir en páginas individuales, pudiendo por ello incorporarse a una misma página varias cartas de compromiso.



En definitiva, no cabe entender incumplida la limitación de 300 páginas que señala los pliegos.

(d) Como última cuestión técnica que plantea la recurrente denuncia la infracción de los principios de igualdad de trato y no discriminación en la valoración otorgada en el Informe Técnico de la Comisión Evaluadora respecto del proceso constructivo propuesto.

Esta infracción de los principios de no discriminación e igualdad se fundamenta en el hecho de que en el informe técnico de valoración se señala que la oferta de la adjudicataria no tiene profondeos de los cajones, mientras que la oferta en la que participa el recurrente sí que tiene profondeo de cajones. Sin embargo, considera el recurrente que la oferta de la adjudicataria sí contemplaría profondeos de los cajones.

Afirma que “para que no existan fondeos provisionales los cajones deben ser trasladados a su ubicación definitiva inmediatamente después de su fabricación en el cajonero, si bien esto no se cumple con toda evidencia en la proposición técnica de la UTE ACCIONA –JAN DE NUL – BERTOLIN (...)

De todo lo anterior, se deduce que según la documentación a la que se ha tenido acceso, el proceso de construcción de fabricación de cajones previsto en la oferta presentada por ACCIONA-JAN DE NUL-BERTOLIN termina en el mes 20 momento en el que según los términos de la propia oferta ‘se va el cajonero’ mientras que los fondeos de los cajones en su ubicación definitiva terminan en el mes 26.

Por tanto, si la ejecución de los cajones termina en el mes 20 y su instalación definitiva no se realiza hasta el mes 26, la solución constructiva propuesta en la oferta adjudicataria debe contemplar fondeos provisionales, dado que los cajones, durante ese periodo de tiempo no pueden desaparecer, sino que tienen que estar profondeados en algún sitio.

En consecuencia, debe ser corregida la valoración otorgada a la proposición técnica presentada por la UTE adjudicataria, dado que se le ha otorgado una mayor puntuación sobre la base de que la solución constructiva de cajones no contempla la ejecución de profondeos provisionales, si bien, de la documentación conocida, al menos, 2 de los



apartados de la oferta presentada por la UTE mencionan atraque provisional o que se podrán disponer los cajones que se habían quedado sin fondear en su ubicación definitiva”.

Pues bien, en relación a esta cuestión estrictamente técnica, procede traer a colación la doctrina de este Tribunal en relación con la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Venimos manifestando al respecto que, tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis, en la medida en que entrañe criterios técnicos, como es el caso, debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla. Así, por ejemplo, en la Resolución 439/2019, 25 de abril (en la que citábamos la Resolución nº 516/2016) ya razonábamos que *“la función de este Tribunal no es la de suplantar el acierto técnico en la valoración de las propuestas técnicas, sino comprobar que tal valoración se ha ajustado a la legalidad, por ser coherente con los pliegos y la normativa de aplicación, y por ser suficientemente motivada. El recurso se fundamenta sobre lo que son discrepancias en juicios de valor, no de legalidad. No han de coincidir el ofertante y el órgano de contratación sobre qué solución técnica pueda ser mejor”.*

Partiendo de la doctrina de este Tribunal expuesta, este Tribunal ha de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, analizar si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias, contrariando lo previsto en los pliegos.

Precisamente de la lectura tanto del informe de valoración como del emitido con ocasión del presente recurso resulta a todas luces una cuestión estrictamente valorativa que los técnicos especialistas en la materia han justificado debidamente. Parece así plantearse dos métodos para el proceso constructivo distintos entre los admitidos en los pliegos que han sido debidamente valorados y justificados por los técnicos. El órgano de contratación en su informe señala que *“Mientras que en la oferta de la reclamante se opta por el acopio de un número elevado de cajones que obliga al profondeo de los mismos, la oferta*



adjudicataria opta por el atraque de un número reducido de cajones. Esta última opción es únicamente es posible si el número de cajones atracados es pequeño (en este caso dos) pero no en soluciones en las que se necesita mantener un número elevado de cajones a la espera (en el caso de la oferta de la reclamante, tal como indica el informe de la Comisión Técnica, al menos trece) (...) El reclamante, como puede constatarse en la página 33 de la memoria constructiva de su oferta, además de los 13 cajones que profondea, deja 4 cajones a flote amarrados al muelle principal, utilizando por tanto la misma técnica que el adjudicatario (...) Ello evidencia que el reclamante no sólo conocía la posibilidad de utilizar diferentes opciones para el acopio de los cajones prevista en el Proyecto sino que además la aplica en su propuesta”.

Por tanto, al no existir identidad en las soluciones propuestas y que, además, el órgano de contratación considera que, por razones de seguridad marítima, la proposición de la adjudicataria en la que se acopian un menor número de cajones es más adecuada, no existiría evidencia de error o discriminación en la puntuación otorgada, sin obviar que, pese a la discrepancia planteada por la actora, la puntuación que en este concreto aspecto (a1 de la memoria constructiva) obtuvo la adjudicataria fue de 10 puntos frente a los 9 puntos de la actora.

En consecuencia, cabe desestimar este motivo de impugnación.

Octavo. Finalmente, resta analizar las razones de aptitud invocadas por la actora. En concreto son dos las irregularidades denunciadas:

(a) Que la oferta presentada por UTE ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A., JAN DE NUL, N.V.-BERTOLIN, S.A.U. debe ser excluida de la presente licitación, por cuanto uno de sus integrantes, JAN DE NUL NV, incurre en la prohibición de contratar prevista por el Art. 71.1.d) LCSP, al ser una empresa de 50 o más trabajadores y no cumplir con la obligación de contar con un Plan de Igualdad.

(b) Que la oferta presentada por UTE ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A., JAN DE NUL, N.V.-BERTOLIN, S.A.U. debe ser excluida de la presente licitación, por cuanto uno de sus integrantes, ACCIONA CONSTRUCCION, incurre en la prohibición de contratar prevista



por el Art. 71.1.d) LCSP, no cumplir el requisito de que al menos el 2 por ciento de sus empleados sean trabajadores con discapacidad en el momento de presentar la oferta.

Comenzando por la primera de las cuestiones que en este aspecto se plantean por la actora, ésta afirma que uno de los miembros de la UTE, JAN DE NUL, N.V. incurre en prohibición de contratar ex artículo 71.1.d LCSP al no contar con un plan de igualdad, a diferencia de los otros miembros de la UTE (GRUPO BERTOLÍN y ACCIONA CONSTRUCCIÓN S.A.).

Además, discrepa de la postura sostenida por la adjudicataria en cuanto que dicha empresa no estaría obligada a contar con un plan de igualdad al no contar con empleados dados de alta en España, y es que la recurrente defiende que *“de conformidad con la Ley Orgánica de Igualdad de Hombres y Mujeres, las empresas extranjeras sí que tienen la obligación de contar con plan de igualdad aprobado y vigente, y que sea producto de la negociación entre la empresa y los representantes de los trabajadores, cuando su plantilla total es de 50 o más trabajadores, y ello con independencia de que tales trabajadores radiquen o no en España. De esta forma, respecto del número de trabajadores de Jan de Nul, N.V., en su propia página web (<https://www.jandenul.com/key-figures-2023>) se expone que esta empresa contaba en el año 2023 con 7.491 trabajadores...”*

Para la resolución de esta cuestión —exigibilidad de los planes de igualdad a las empresas extranjeras que no tienen trabajadores en España aun cuando en el extranjero cuenten con 50 o más trabajadores— debe partirse de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres que establece en el artículo 45 que:

“2. En el caso de las empresas de cincuenta o más trabajadores, las medidas de igualdad a que se refiere el apartado anterior deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad, con el alcance y contenido establecidos en este capítulo, que deberá ser asimismo objeto de negociación en la forma que se determine en la legislación laboral.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, las empresas deberán elaborar y aplicar un plan de igualdad cuando así se establezca en el convenio colectivo que sea aplicable, en los términos previstos en el mismo”.



El artículo 2 de la Ley Orgánica 3/2007 regula el ámbito de aplicación señalando el apartado 2 que *“2. Las obligaciones establecidas en esta Ley serán de aplicación a toda persona, física o jurídica, que se encuentre o actúe en territorio español, cualquiera que fuese su nacionalidad, domicilio o residencia”*.

Además, el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, en su artículo 2, apartado 2,3 y 4 señala:

“2. En el caso de empresas de cincuenta o más personas trabajadoras, las medidas de igualdad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 45.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad, con el alcance y contenido previsto en este real decreto.

3. A las empresas incluidas en el artículo 45.3 y 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, les será de aplicación lo establecido en este real decreto, salvo en lo que expresamente se prevea en el convenio colectivo que establezca su adopción o en el acuerdo sancionador, respectivamente.

4. La elaboración e implantación de planes de igualdad será voluntaria para las demás empresas, previa consulta o negociación con la representación legal de las personas trabajadoras, siéndoles de aplicación lo regulado en este real decreto cuando así resulte de su contenido”.

De todo lo anterior, y dado que se pone de manifiesto que la mercantil JAN DE NUL, N.V. no tiene trabajadores dados de alta en España, teniendo su sede en Bélgica y no actuando en territorio español, cabe razonablemente entender que no resulta aplicable la obligación de contar con un plan de igualdad por así exonerarle la propia LO 3/2007 y ello por las siguientes razones:

En primer lugar, la LO 3/2007 al remitirse a la legislación laboral debe entenderse que se refiere a la legislación laboral nacional, no a las legislaciones extranjeras.



Además, a efectos tanto de cómputo del número de trabajadores como del propio concepto del trabajador habrá que estar a lo que determine cada legislación laboral nacional (en nuestro caso, el Estatuto de los Trabajadores) en cuanto que estamos ante normativa de orden público. En este punto, este Tribunal ya se ha pronunciado en su Resolución 1566/2023, de 1 de diciembre, sobre la forma de computar los trabajadores de una empresa a los efectos de concretar si se ha de cumplir con las obligaciones del artículo 71.1.d) de la LCSP, si bien referido a la cuestión del 2% de trabajadores con discapacidad, lo que es perfectamente trasladable a la cuestión del Plan de Igualdad, puesto que para ambos casos la prohibición para contratar del art. 71.1.d de la LCSP solo opera cuando la empresa tenga 50 o más trabajadores. En ella señalamos:

“Este motivo de recurso debe ser desestimado. (...) Y, en segundo término, porque las prohibiciones de contratar son de interpretación restrictiva. Habiendo acreditado la empresa PROYECO que el número de trabajadores de su empresa dados de alta en la Seguridad Social española es menor de 50 trabajadores (33), no incurre en la prohibición de contratar relativa al 2% de trabajadores con discapacidad, no considerándose que deban computar, a estos efectos, los trabajadores contratados en el extranjero” (el énfasis es nuestro).

Por tanto, para el cómputo de los trabajadores a efectos de determinar si alcanza el número de 50 o más y estar sujeta a la obligación de contar con un plan de igualdad, debe estarse al número de trabajadores que se encuentran en centros de trabajo en España, y no en el extranjero.

Por otra parte, carecería de lógica imponer a una empresa que no está sujeta a la legislación española por cuanto no actúa en España, ni cuenta con trabajadores españoles, obligaciones —como contar con un plan de igualdad— cuyo cumplimiento cabría verificar con sujeción a la normativa española que como decimos no le es aplicable; pues no cabría exigirles la existencia de delegados de personal o comités de empresa a efectos de la negociación, desconociéndose las obligaciones que se les impone desde su normativa nacional propia. Ítem más, de resultar exigible que la empresa contase con un plan de igualdad, la misma carece de trabajadores en España a los que les resultase aplicables.



Y en cuanto al argumento del reclamante de que la citada empresa tiene adjudicado un contrato de dragados en Santander, según se explica en el certificado expedido por el representante de la mercantil que se aporta por la adjudicataria, los trabajos se realizan directamente en el mar a bordo de embarcaciones -dragas- con bandera de Luxemburgo, por lo que debe considerarse que los trabajos los ejecutará en el país de abanderamiento, matrícula o registro de las embarcaciones y no en territorio nacional.

En este sentido, dispone la Convención sobre Alta Mar de 1958, en su artículo 6.1, y la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982, en su artículo 92.1, los buques privados son territorio del Estado al que pertenecen, en función de su abanderamiento, con sometimiento a las leyes de aquel.

En definitiva, no cabe atender a esta alegación de la actora por cuanto no puede exigírsele a una empresa extranjera que no actúa ni tiene trabajadores en España la obligación de contar con un plan de igualdad.

Respecto de la segunda cuestión, la mercantil recurrente alega que la oferta presentada por UTE ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A., JAN DE NUL, N.V.-BERTOLIN, S.A.U. debe ser excluida de la presente licitación, por cuanto uno de sus integrantes, ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A. incurre en la prohibición de contratar prevista por el art. 71.1.d) LCSP, por no cumplir el requisito de que al menos el 2 por ciento de sus empleados sean trabajadores con discapacidad en el momento de presentar la oferta.

Señala la actora que *“el representante de ACCIONA CONSTRUCCION afirma que si bien el número de trabajadores discapacitados que representa un porcentaje del 1,09 % con respecto a la plantilla total de la empresa, dicha empresa ha adoptado medidas alternativas para la Integración Social de Trabajadores Minusválidos y que sustituyen al 0,91% de contratos con trabajadores con discapacidad, alcanzando así el 2,00%, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta del TRLCSP.*

Dichas medidas alternativas, según la declaración responsable, constan en la solicitud de la declaración de excepcionalidad y adopción de medidas alternativas para la integración social de trabajadores minusválidos, tramitado bajo el Expediente nº 58/2021, y que fue



estimada por el Servicio Público de Empleo Estatal del Ministerio de Trabajo y Economía Social con fecha 30/03/2021, teniendo una vigencia de tres años.

En consecuencia, dicha declaración de excepcionalidad caducó con fecha 30 de marzo de 2024, es decir, unos días antes de la fecha límite de presentación de ofertas en el presente expediente de licitación 5 de abril de 2024.

Para acreditar la vigencia de la declaración de excepcionalidad, el representante de dicha empresa ha aportado al expediente de contratación una resolución de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal sobre solicitud de declaración de excepcionalidad, y adopción de medidas alternativas, para el cumplimiento de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad, firmada electrónicamente el 16 y 17 de abril de 2024 por el Servicio Público Estatal del Ministerio de Trabajo y Economía social por la cual estima la declaración de excepcionalidad por tres años a contar desde la fecha de la resolución.

Por tanto, habiendo caducado la declaración de excepcionalidad y adopción de medidas alternativas para la integración social de trabajadores minusválidos con fecha 30/03/2024 y no habiendo sido aprobada por el Ministerio de Trabajo una nueva declaración de excepcionalidad hasta el 16 de abril de 2024, resulta evidente que en la fecha de presentación de la oferta ACCIONA CONSTRUCCION, SA se encontraba obligada a cumplir con la condición prevista en el Art. 71, 1d) LCSP en relación con el requisito de que al menos el 2% de sus empleados sean trabajadores con discapacidad en el momento de presentar la oferta, so pena de incurrir en causa de obligación de contratar. (...).

No cabe sino concluir que ACCIONA CONSTRUCCIÓN debía cumplir con el requisito de que al menos el 2 por ciento de sus empleados sean trabajadores con discapacidad en el momento de presentar la Oferta, y siendo evidente que en ese momento no cumplía con el mismo está incurso en la prohibición de contratar establecida por el artículo 71. 1.d) LCSP”.

Por tanto, la infracción denunciada por la actora se basa en el hecho de que habiendo obtenido una declaración de excepcionalidad que fue estimada por el Servicio Público de Empleo Estatal del Ministerio de Trabajo y Economía Social con fecha 30 de marzo de 2021, teniendo una vigencia de tres años y caducando en fecha 30 de marzo de 2024, a la fecha de presentación de ofertas en el presente expediente de licitación —el 5 de abril de



2024— no existía declaración alguna de excepcionalidad como lo prueba el hecho de que la nueva declaración fue aprobada el 16 de abril de 2024.

Pues bien, el artículo 1.4 del Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad, establece que:

“4. La declaración de excepcionalidad a que se hace referencia en este artículo tendrá una validez de tres años desde la resolución sobre ella. Transcurrido el plazo de validez de la declaración de excepcionalidad, las empresas deberán solicitar una nueva declaración, en el caso de persistir la obligación principal”.

Por tanto, no es hasta la caducidad de la declaración de excepcionalidad cuando la empresa podía presentar una nueva solicitud como así se acredita que se hizo en el caso que nos ocupa, debiendo por tanto en el ínterin entender que, persistiendo la obligación principal y no alcanzando la cuota de reserva del 2% de personas discapacitadas, la declaración de excepcionalidad que con posterioridad se otorgó despliega sus efectos con carácter retroactivos, tal y como permite el artículo 39.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

En relación a ello, podemos traer a colación nuestra Resolución n.º 894/2022 en la que en un supuesto prácticamente idéntico al caso que nos ocupa, dijimos:

“Séptimo. Examinadas las posturas de las partes, este Tribunal entiende que le asiste la razón al recurrente. En efecto, el certificado que nos ocupa, regulado en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad, tiene por objeto la declaración de excepcionalidad de las empresas de efectuar la cuota de reserva del dos por ciento en favor de trabajadores discapacitados. Es por tanto un acto declarativo. En el apartado 3 del artículo 1 del citado Real Decreto se indica que ‘Cuando la causa de excepcionalidad que se alegue sea la recogida en el apartado 2.a), los servicios públicos de empleo competentes resolverán sobre la solicitud presentada, y declararán, en su caso, la inexistencia total o parcial de demandantes de empleo, con mención expresa de las ocupaciones solicitadas.



Para dicha resolución se deberá tener en cuenta la certificación expedida al efecto por la oficina de empleo que gestione la oferta presentada. La declaración de excepcionalidad y la adopción de las medidas alternativas recogidas en el artículo 2 estará limitada al número de vacantes para trabajadores con discapacidad que, tras la tramitación de la correspondiente oferta de empleo, haya resultado imposible cubrir. Cuando la oferta se hubiera presentado ante una agencia de colocación, el resultado negativo, en su caso, del sondeo de demandantes de empleo con discapacidad se remitirá al servicio público de empleo competente que, previas las actuaciones de comprobación que se estimen pertinentes, resolverá al respecto. Cuando la causa de excepcionalidad que se alegue sea la recogida en el apartado 2.b), los servicios públicos de empleo competentes resolverán sobre la concurrencia de las causas alegadas en la solicitud’.

Así pues, los órganos de los servicios públicos de empleo competentes deben comprobar que las empresas solicitantes cumplen con alguna de las causas alegadas en el momento de presentar la solicitud. En el presente caso, la solicitud se formuló en fecha 10 de mayo de 2022, siendo emitido el certificado favorable a la excepcionalidad el 24 de mayo de 2022, y por tanto un día después de la finalización del plazo para presentar las ofertas, circunstancia fue puesta de manifiesto por el hoy recurrente mediante un escrito complementario. Sin embargo, el órgano de contratación entiende que el 23 de mayo de 2022 no se encontraba en vigor dicho certificado, interpretación que este Tribunal no puede compartir. En efecto, el artículo 39 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, si bien dispone en su apartado primero que “Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa”, indica en el apartado tercero (el subrayado es nuestro) que ‘Excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, así como cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas’. En el supuesto que nos ocupa el órgano de contratación, incluso antes de que efectuara el requerimiento de subsanación en fecha 1 de junio, ya tenía conocimiento de que el 24 de mayo de 2022 le había sido expedido el certificado de excepcionalidad, de manera que podía concluir sin mayor dificultad que los supuestos de hecho necesarios (las causas alegadas en la solicitud de excepcionalidad) existían ya a la fecha de la solicitud el



10 de mayo de 2022, y por tanto era posible retrotraer la eficacia del acto a ese momento, dado que no sólo no lesiona derechos o intereses legítimos de otras personas (como exige el citado precepto) sino que permite la concurrencia en el procedimiento de contratación. Interpretar lo contrario, vista la forma en que está regulado el procedimiento de ‘renovación’ del certificado de excepcionalidad en el Real Decreto de referencia sería excesivamente formalista”.

Además, con base en la doctrina del “*self-cleaning*”, se entendería que la declaración de excepcionalidad obtenida con posterioridad al fin del plazo de presentación de ofertas y con carácter previo a la adjudicación habría restaurado la fiabilidad del licitador.

Por tanto, cabe desestimar este motivo de impugnación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar la reclamación interpuesta por D. P.M.P.D.F., en representación de ROVER MARITIME, S.L., contra el acuerdo de adjudicación del contrato de obras del “*Muelle de contenedores de la ampliación Norte del Puerto de Valencia*”, con expediente EC23-C02-10000, convocado por la Autoridad Portuaria de Valencia.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación de conformidad con lo dispuesto por el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra ella 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.

LA PRESIDENTA

LAS VOCALES