



Recurso nº 321/2022

Resolución nº 562/2022

Sección 1ª

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

En Madrid, a 19 de mayo de 2022

VISTO el recurso especial interpuesto por D. R.C., en representación de la UTE TN AMERICAS LLC - ORANO TN ESPAÑA, S.L., contra su exclusión del procedimiento y contra el acuerdo de tener por subsanada la deficiencia en que incurre otro licitador, ambos dictados en el marco del expediente de licitación del contrato para *“Diseño, apoyo al licenciamiento, fabricación y suministro de un sistema de almacenamiento y transporte del combustible nuclear gastado de las CCNN de Ascó, Almaraz, Cofrentes y Vandellós II.”*, Expediente CO-IA-21-003, convocado por la Empresa Nacional de Residuos Radiactivos, S.A., S.M.E., (ENRESA); el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El día 28 de mayo de 2021, el Comité de Compras de ENRESA, adoptó el acuerdo de inicio del expediente de referencia, cuya celebración fue autorizada el 27 de julio por el Consejo de Ministros.

Con fecha 28 de julio 2021, el Comité de Compras acordó la aprobación del expediente y del pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato, así como la apertura del procedimiento de adjudicación, condicionada a la aprobación del gasto correspondiente por el Consejo de Administración de ENRESA, que lo aprobó el 29 de julio de 2021, con la abstención de la única consejera designada por la SEPI.

El valor estimado del contrato asciende a 218.263.980 €, por lo que está sujeto a regulación armonizada. El expediente se ha tramitado mediante procedimiento abierto con una pluralidad de criterios de adjudicación.



Segundo. Aprobado el expediente y los pliegos, el anuncio de licitación fue enviado a su publicación oficial en el Diario Oficial de la Unión Europea el 2 de agosto de 2021. Del mismo modo la publicidad del anuncio y de los pliegos se realizó a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 4 de agosto de 2021. En los anuncios se advirtió que el procedimiento de adjudicación sería el abierto, que la forma de presentación de las proposiciones era electrónica y que el plazo máximo de su presentación vencía el 20 de octubre de 2021; si bien con fecha, 6 de octubre de 2021, el Comité de Compras de Enresa adoptó e hizo público el acuerdo de ampliarlo hasta el día 10 de noviembre de 2021 a las 13:00 h.

Tercero. Tras la ampliación del plazo inicialmente señalado para la presentación de las proposiciones, han concurrido a la licitación las siguientes empresas:

- TN AMERICAS LLC - ORANO TN ESPANA (UTE formada por TN AMERICAS LLC y ORANO TN ESPANA) y
- HOLTEC-ENSA UTE (UTE formada por HOLTEC INTERNATIONAL y EQUIPOS NUCLEARES, S.A., S.M.E., en adelante, UTE HOLTEC-ENSA).

Cuarto. El día 11 de noviembre de 2021, se realizó la apertura del archivo electrónico A (*Documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos*) y el Comité de Asistencia Técnica, órgano de asistencia que ejerce en ENRESA las funciones establecidas en el artículo 326 de la LCSP, concluyó que:

- La documentación presentada por TN AMERICAS LLC - ORANO TN ESPANA era correcta.
- La documentación aportada por las empresas que conformarán la UTE HOLTEC-ENSA presentaba la siguiente deficiencia:

“El licitador aporta una garantía provisional en la que la entidad avalista avala a EQUIPOS NUCLEARES, S.A., S.M.E. por el importe total requerido, en lugar de avalar a las dos entidades que forman la UTE (HOLTEC INTERNATIONAL y EQUIPOS NUCLEARES, S.A., S.M.E), conjunta y solidariamente, por el importe total requerido”.



A tal fin, se les concedió un plazo de 3 días naturales para subsanar desde la puesta a disposición de la notificación, enviada el 15 de noviembre. La subsanación se presentó el 17 de noviembre.

Quinto. Con fecha 22 de noviembre de 2021, el Comité comprobó que la UTE HOLTEC-ENSA había subsanado correctamente y, en la misma sesión, procedió a la apertura del archivo electrónico B (Proposición relativa a los criterios sujetos a juicio de valor) de ambas licitadoras.

Tras su apertura, el Comité comprobó que documentación presentada por la UTE HOLTEC-ENSA no estaba firmada electrónicamente, por lo que acordó solicitar una declaración firmada electrónicamente por el representante legal o apoderado de cada una de las empresas que conforman la UTE, en la que ratificasen el contenido de la oferta incluida en su archivo electrónico B.

En esa misma sesión acordó que, antes de proceder a la valoración de los criterios que dependen de un juicio de valor, la unidad proponente examinase las memorias técnicas con el fin de comprobar que los licitadores no habían incluido en el archivo electrónico B información susceptible de valoración de forma automática, y elaborase un informe al respecto.

El 29 de noviembre de 2021, se realizó la notificación a la a UTE HOLTEC-ENSA. El día 1 de diciembre de 2021, se presentó la documentación requerida y con fecha 2 de diciembre de 2021, el Comité acordó admitirla.

Sexto. El 16 de diciembre de 2021, el Comité acordó requerir a los dos licitadores documentación preexistente a la presentación de las proposiciones y requerida en los pliegos, relativa a las licencias con que cuentan los sistemas ofertados, que no estaba incluida en sus correspondientes archivos electrónicos B, concediéndoles un plazo de tres días naturales, desde el día siguiente a la puesta a disposición de la notificación, que se realizó ese mismo día.



El día 17 de diciembre de 2021 la UTE TN AMERICAS LLC - ORANO TN ESPAÑA presentó escrito, solicitando ampliación en un día natural del plazo de 3 días anteriormente mencionado, que el Comité le concedió.

Ambos licitadores aportaron la documentación requerida dentro del plazo señalado.

A la vista del informe elaborado por la unidad proponente del contrato sobre la documentación presentada por ambos licitadores en respuesta al requerimiento, el Comité en su sesión del día 22 de diciembre de 2021, acordó requerir a la UTE TN AMERICAS LLC- ORANO TN ESPANA una aclaración de la documentación presentada, que esta atendió en plazo.

Con fecha 21 de febrero de 2022, el Comité aprobó el “Informe de valoración de criterios sujetos a juicio de valor” y, en consecuencia, excluir del procedimiento de licitación la proposición presentada por el licitador TN AMERICAS LLC - ORANO TN ESPANA UTE al haber obtenido una puntuación inferior al umbral mínimo establecido en el apartado H.2. del Anexo 1 al PCAP para los criterios cuya valoración depende de un juicio de valor.

Séptimo. Con fecha 22 de febrero de 2022 se puso a disposición de la recurrente la notificación del acuerdo de exclusión, así como el informe de valoración de los criterios sujetos a juicio de valor.

Con esa misma fecha se publicaron en la Plataforma de Contratación del Sector Público los informes técnicos y las actuaciones del Comité y del órgano de contratación que no habían sido publicadas con anterioridad.

Octavo. Disconforme con el acto de exclusión de su oferta, el representante de la UTE TN AMERICAS LLC y ORANO TN ESPAÑA, con fecha de 15 de marzo de 2022 presentó en sede electrónica el presente recurso especial en materia de contratación impugnando dos actuaciones. A saber:

- El Acuerdo de 22 de noviembre de 2021, del Comité de Asistencia Técnica, por el que se estimó subsanada en tiempo y forma la deficiencia en que incurrió el otro licitador que concurre en el presente procedimiento, la UTE HOLTEC- ENSA (UTE formada por



HOLTEC INTERNATIONAL y EQUIPOS NUCLEARES, S.A., S.M.E.), referido a la prestación de la garantía provisional y,

- El Acuerdo de 21 de febrero de 2022, del Comité de Asistencia Técnica, por el que se procedió a aprobar el informe de valoración de criterios basados en juicios de valor y, con base en el mismo, se acordó la exclusión del procedimiento de licitación de este licitador, por la obtención de una puntuación inferior al umbral mínimo de puntuación para los criterios cuya valoración depende de un juicio de valor establecido en el apartado H.2. del Anexo 1 al Pliego de Cláusulas Administrativas (PCAP).

Especificadas las actuaciones impugnadas, suplica a este Tribunal la estimación del recurso y la anulación de las mismas, para que, con retroacción de actuaciones, se ordene al poder adjudicador que le adjudique el contrato señalado.

Noveno. La Secretaria General del Tribunal reclamó el expediente y el informe del órgano de contratación y dando cumplimiento a todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente LCSP y por el 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, en fecha 21 de marzo de 2022 se dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones. Ha presentado alegaciones en tiempo y forma, con fecha 28 de marzo del presente, el representante de la UTE HOLTEC-ENSA instando expresamente la desestimación del recurso.

Décimo. Por Resolución de la Secretaria General de fecha 23 de marzo de 2022 actuando por delegación de este Tribunal ha resuelto la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La tramitación del presente recurso se ha regido por lo prescrito en la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) y en el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Este Tribunal es competente para conocer del recurso interpuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 LCSP.

Segundo. La recurrente está legitimada lógicamente para recurrir la impugnación de la exclusión de su oferta y también para impugnar el acuerdo de 22 de noviembre de 2021, por el que se estimó subsanada la deficiencia en que incurrió el otro licitador en orden a la constitución de la garantía provisional, pues la estimación de sus argumentos podría conducir a que el contrato fuese adjudicado a su favor. Atendido lo anterior, procede reconocer legitimación a la recurrente para impugnar ambos actos, al ostentar un derecho o interés legítimo para recurrir en los términos exigidos por el artículo 48 de la LCSP.

Tercero. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal concedido de quince días hábiles, conforme exige el artículo 50 de la LCSP.

Para llegar a la conclusión anterior, este Tribunal ha tenido muy especialmente en cuenta, que la impugnación del acuerdo de admisión de la mejora de la garantía provisional se ha interpuesto en sede electrónica el 15 de marzo de 2022 y que el acuerdo del Comité de Asistencia Técnica si bien data de fecha 22 de noviembre de 2021, el mismo no fue conocido por la recurrente hasta el momento de su publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público, lo que tuvo lugar el 22 de febrero de 2022, como resulta de la información publicada en esta y se desprende del informe del órgano de contratación (pág. 3) y de la falta de alegaciones al respecto.

Por otra parte, el artículo 50 de la LCSP establece que:

“1. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el



plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:

(...)

*c) Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, **el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción**”.*

Atendido lo anterior, el recurso se ha interpuesto en tiempo y forma y en lo atinente a ese aspecto, ha de ser admitido.

Cuarto. Los actos impugnados se enmarcan en la licitación de un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada, que supera el umbral del valor estimado del contrato fijado en el artículo 44.1, a) de la LCSP, es decir, superior a 100.000 € (valor estimado del contrato: 218.263.980 €).

En cuanto a los actos objeto de recurso, la exclusión de su oferta es uno de los previstos en el artículo 44.2, b) de la LCSP; procede por tanto su admisión.

Por el contrario, el acuerdo de 22 de noviembre de 2021 del Comité de Asistencia Técnica, por el cual se estimó subsanada en tiempo y forma la deficiencia, en que incurrió el otro licitador que concurre en el presente procedimiento, la UTE HOLTEC- ENSA referido a la constitución de la garantía provisional, no es susceptible de recurso, al no tratarse de un acto incluido expresamente dentro de la relación recogida en el artículo 44.2 de la LCSP ni tratarse de un acto de trámite cualificado.

Actos de trámite cualificados son conforme al artículo 44.2 b) de la LCSP, aquellos que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, provocan indefensión o perjuicio irreparable.

Atendido lo anterior, el acuerdo de 22 de noviembre de 2021 del Comité de Asistencia Técnica no es un acto de trámite cualificado pues ni decide directa ni indirectamente el



fondo del asunto ni y, esa es la clave, el recurrente alega ni mínimamente justifica la indefensión o perjuicio irreparable que el mismo pudo haberle provocado.

Cuestión distinta es que dicho acto podría ser recurrible a través del recurso contra la adjudicación que, en su caso, pudiere acordarse en su día a favor de la UTE HOLTEC-ENSA.

Por todo ello, procede acordar la admisión del recurso contra el acuerdo de 21 de febrero de 2022, del Comité de Asistencia Técnica, por el que se procedió a aprobar el informe de valoración de criterios basados en juicios de valor y, con base en el mismo, acordó la exclusión del procedimiento de licitación del recurrente, por la obtención de una puntuación inferior al umbral mínimo de puntuación para los criterios, cuya valoración depende de un juicio de valor establecido en el apartado H.2. del Anexo 1 al Pliego de Cláusulas Administrativas (PCAP).

Por el contrario, procede inadmitir el recurso contra el acuerdo de 22 de noviembre de 2021, del Comité de Asistencia Técnica, por el que se estimó subsanada en tiempo y forma la deficiencia en que incurrió el otro licitador que concurre en el presente procedimiento, la UTE HOLTEC- ENSA, con base en lo establecido en el artículo 55 c) de la LCSP.

Quinto. *Obiter dicta* analizaremos sucintamente el fondo del recurso con relación a la impugnación del acuerdo de 22 de noviembre de 2021 del Comité de Asistencia Técnica, por el cual se estimó subsanada en tiempo y forma la deficiencia, en que incurrió el otro licitador que concurre en el presente procedimiento, la UTE HOLTEC- ENSA referido a la constitución de la garantía provisional.

La recurrente considera que se ha puesto de manifiesto ***extraordinaria arbitrariedad del órgano de contratación, al entender subsanada de forma irregular la garantía provisional, contraviniendo la doctrina más elemental en la materia:***

(...).

En consecuencia, la subsanación no debió ser admitida porque el licitador está aportando en sede de subsanación una garantía nueva de la que no disponía en el momento de presentación de su oferta.

El criterio desfavorable para admitir con ocasión del trámite de subsanación la presentación de una garantía distinta de la inicialmente presentada ha sido reiteradamente expuesto por este Tribunal al que tenemos el honor de dirigirnos, siguiendo la regla de permitir únicamente la subsanación de defectos formales y no materiales, pues permitir la enmienda de defectos materiales supondría romper la necesaria igualdad entre las partes. En consecuencia, no son admisibles documentos posteriores al vencimiento del plazo para presentar ofertas puesto que tales documentos acreditan que al tiempo de presentar la oferta no se cumplía con un requisito y que no era un defecto formal o de prueba sino material (...).

Por su parte el informe del poder adjudicador tras una larga exposición de doctrina de este Tribunal y de jurisprudencia de los Tribunales de Justicia a favor del principio de máxima concurrencia competitiva, considera que fue correcta la petición de subsanación y la aceptación de la garantía provisional mejorada y así subraya que:

“Sentado lo anterior hemos de recordar que, en el caso examinado se cuestiona la posible subsanación de una garantía provisional que fue constituida en plazo y por el importe total exigido, pero que avala a una de las empresas componentes de la UTE y no a las dos. Al tratarse de subsanación de garantías consideramos plenamente aplicable al presente supuesto la doctrina fijada por ese Tribunal en relación con la subsanabilidad de la garantía definitiva, máxime cuando la constitución de garantía provisional se ha convertido con la LCSP en un supuesto excepcional.

(...).

Y, admitida la posibilidad de subsanación de una garantía provisional insuficiente, resulta irrelevante la forma en que se subsane el meritado defecto siempre que sea una de las formas admitidas en derecho para la constitución de garantía”.



Por ello, en la pretensión de exclusión de esta UTE por la incidencia puesta de manifiesto por la UTE recurrente, al afirmar que se le da ha concedido un trato de favor, permitiéndole extemporáneamente la subsanación de la garantía provisional y fuera de las formalidades legales, el órgano de contratación mantiene en contra que:

“En definitiva, hubiera resultado desproporcionado y contrario al interés general que una de las dos únicas ofertas presentadas a la licitación hubiera sido excluida por haber presentado de forma defectuosa la garantía provisional exigida sin habersele otorgado plazo de subsanación. La exclusión de la UTE Holtec-Ensa por la aplicación de un criterio puramente formal, habría anulado la concurrencia en el procedimiento antes de entrar a analizar el contenido de las proposiciones conforme a los criterios de valoración recogidos en el pliego.

Conforme a todo lo dicho, entendemos que la actuación del Comité de Asistencia Técnica de Enresa al permitir la subsanación de la garantía provisional inicialmente presentada por la UTE Holtec-Ensa fue conforme a Derecho”.

Pues bien, este Tribunal ha resuelto esta cuestión en un supuesto muy similar al que nos ocupa en la Resolución nº 467/2020, analizando la exclusión de una UTE, tras constatarse que la garantía provisional ofertada no tenía como tomador a las dos entidades integrantes de la misma sino solo a una de ellas. En dicho supuesto, el recurso se estimó, ordenando la retroacción de actuaciones, para que se concediese trámite de subsanación a la recurrente.

La razón para ello se encontraba en el principio antiformalista que ha de presidir la exigencia en el cumplimiento de la documentación administrativa contenida en el Sobre 1, atendida la redacción del artículo 142.1 de la LCSP y su interpretación por el Tribunal Supremo en consonancia con la más reciente emanada del TJUE.

Atendido lo anterior, en el caso que nos ocupa, dado que la garantía provisional constaba constituida por la cuantía exigida, si bien a favor de uno de los miembros de la UTE, el requerimiento de subsanación era pertinente, al igual que considerar subsanado el defecto, tras la nueva constitución de la garantía por parte de ambos miembros de la UTE.



La doctrina de este Tribunal citada de contrario por el recurrente, ha sido superada por la más reciente, fruto del principio antiformalista que, como hemos señalado, inspira la interpretación judicial más moderna de la LCSP.

Por todo ello, este Tribunal concluye que si el recurso contra el acuerdo de 22 de noviembre de 2021 del Comité de Asistencia Técnica hubiera sido admitido, *quod non*, el recurso habría sido desestimado.

Sexto. Entrando al fondo sobre el resto de cuestiones suscitadas, comenzaremos por exponer el planteamiento que ante el recurso se ofrece por la recurrente y por el órgano de contratación en su informe.

Sostiene la defensa de la UTE impugnante que existen varios vicios en el seno de la licitación:

1. Vinculación entre las empresas públicas Empresa Nacional de Residuos Radiactivos, S.A, S.M.E (en adelante, ENRESA) y Equipos Nucleares, S.A, S.M.E (en adelante, ENSA).
2. Relaciones jurídico-comerciales de ENRESA con las empresas HOLTEC INTERNACIONAL (en adelante, HOLTEC), ENSA y con empresas pertenecientes al Grupo ORANO.
3. Alusiones a una carta de un tercero competidor no participante en el procedimiento.
4. Análisis de los actos del procedimiento que, a juicio de la recurrente, están ligados a un posible conflicto de intereses.
5. Alegaciones relativas a la valoración de la proposición relativa a los criterios sujetos a juicio de valor de la recurrente.

Sintetizadas así sus alegaciones, gran parte de su recurso se centra en la existencia de un conflicto de intereses de la UTE HOLTEC-ENSA (empresa pública estatal) con el poder adjudicador, ENRESA que, a su juicio, ha conllevado una posición de ventaja de esta UTE frente a su representada, y así manifiesta cuanto sigue:



“Pues bien, sentada la caracterización general de las instituciones jurídicas anteriormente referidas, estimamos que en el presente caso existen indicios suficientemente fundados que avalarían a tomar en consideración que en las presentes actuaciones pudiera existir un eventual supuesto de conflicto de interés.

Pero en todo caso lo que sí se ha producido, sin género de duda, es una clara transgresión de los principios de igualdad de trato y de no discriminación por parte del órgano de contratación, en claro beneficio de la UTE HOLTEC-ENSA, con el correlativo perjuicio de nuestra posición como licitador”.

Argumenta tal afirmación en base a una serie de elementos indiciarios en los que centra:

“a) La preexistente relación entre ENSA, ENRESA y HOLTEC:

Conforme a lo expuesto y acreditado en los Antecedentes de Hecho, es indiscutible la previa existencia de una evidente relación entre ENRESA y ENSA.

Ambas entidades forman parte del mismo grupo empresarial estatal, están participadas por la misma sociedad matriz, y sus órganos de gobierno y dirección están integrados por empleados públicos de la Administración General del Estado.

En este sentido, no se cuestiona la posibilidad de que una sociedad pública pueda concurrir como licitador a un proceso de contratación convocado por otra sociedad pública pertinente a su mismo grupo empresarial.

Ahora bien, pero lo que ello desde luego no autoriza, y es lo que aquí ahora se denuncia, es que esa situación consolidada anteriormente constituya ya un antecedente necesario del que se derive un trato de favor en beneficio de estas últimas, y en detrimento de otros nuevos competidores que pretenden concurrir al mismo mercado en una situación de igualdad de trato.

Y ciertamente, eso es lo que entendemos está aconteciendo aquí. Pues si bien este conjunto de relaciones preexistentes y precedentes contractuales -individualmente considerados- no autorizarían a llegar a la conclusión de la existencia de un trato

de favor por parte del órgano de contratación; este contexto previo, puesto en conexión con las actuaciones concretas que más adelante se dirán, autorizan a considerar que sí existe una real y efectiva infracción de los principios de igualdad de trato y de no discriminación.

(...).

b) El diferente criterio del órgano de contratación sobre la ampliación del plazo para la presentación de ofertas, en función del licitador que lo solicitó:

En segundo lugar, y concretando ya la actuación del órgano de contratación en actuaciones singulares -pero sin perder de vista el contexto antedicho- resulta francamente sorprendente que éste, sin sonrojo de ningún tipo, haya dado una respuesta absolutamente contraria a un licitador y a otro, en una cuestión tan esencial como es la posibilidad que se planteó de ampliar el plazo de presentación de las ofertas.

Recordemos que cuando este Recurrente planteó esta posibilidad el 20 de agosto -12 días después de publicarse el anuncio de licitación- una lacónica respuesta de ENRESA a través del mecanismo de preguntas alojado en su página web, desechó dicha posibilidad con un simple “se considera suficiente el plazo dado para la presentación de oferta”. Y sin que obre en el expediente de contratación acto, trámite o documento alguno que ponga de manifiesto si dicha petición fue siquiera formalmente tomada en consideración por el órgano de contratación.

Sin embargo, cuando HOLTEC planteó exactamente la misma cuestión el 5 de octubre de 2021 -a quince días de finalización del plazo fijado para la presentación de ofertas- el órgano de contratación accedió a dicha solicitud, ampliándolo hasta el 10 de noviembre de 2021.

Y en este caso posteriormente se conoció (con ocasión del trámite de puesta de manifiesto del expediente del 10 de marzo de 2022) que dicha solicitud había sido objeto de formal deliberación y adopción por el Comité de Compras de ENRESA.



Cuestión que sorprende enormemente, pues un acto de tan esencial trascendencia para el normal devenir de un proceso de licitación no fue publicado una vez adoptado. Así, sin más.

Su publicación no tendría lugar hasta finalizado ese trámite de puesta de manifiesto del expediente, precisamente con ocasión de haberse señalado por este Recurrente tal omisión.

Todo ello sin perjuicio de resultar igualmente sorprendente la motivación en que se basa dicho acuerdo para acudir a la ampliación que autoriza el artículo 136.3 de la LCSP –“la finalidad de garantizar que los posibles interesados puedan tener acceso a toda la información necesaria para elaborar las proposiciones”-. Pues de dicha información ya se disponía desde el momento de la publicación del anuncio de licitación y del consiguiente inicio del plazo para la preparación de las correspondientes ofertas.

En definitiva, ciertamente pude considerarse que ello comporta una actuación arbitraria del órgano de contratación, en claro beneficio de un competidor con respecto al otro.

c) La carencia de sentido lógico alguno de la última prórroga acordada por el órgano de contratación, cuando el informe de valoración ya había sido finalizado y firmado.

Ya lo anticipamos al relatar los Antecedentes de Hecho.

De conformidad con los apartados 7.2 y 7.3 PCAP, la apertura de la oferta económica y criterios evaluables de forma automática (Archivo Electrónico C) viene precedida de la valoración de los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor (Archivo Electrónico B), y de la consiguiente lectura pública de las puntuaciones obtenidas por cada uno de los licitadores en estos últimos.

Inicialmente se fijó esa apertura para el día 1 de diciembre de 2021. Pero consecuencia de la necesidad de ampliar el plazo para ultimar la previa valoración

de los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor, aquella fecha fue sucesivamente ampliada - hasta en cinco ocasiones- hasta fijarse el 21 de marzo de 2022 (al momento presente).

Sin embargo, llaman extraordinariamente la atención los siguientes hechos acontecidos:

- el 21 de febrero se publica en la Plataforma la modificación de la fecha del acto público de apertura del Archivo Electrónico C, que se pospone del 24 de febrero al 21 de marzo de 2022.

- el 22 de febrero de 2022 se publica en la Plataforma el informe de valoración de criterios basados en juicios de valor, que resulta firmado y fechado el 15 de febrero.

- el 22 de febrero de 2022 se publica en la Plataforma el Acuerdo del Comité de Asistencia Técnica de 21 de febrero, por el que se aprobó dicho informe y se acordó nuestra exclusión por haber obtenido una puntuación inferior al umbral mínimo.

Pues bien, carece de todo sentido lógico que se acuerde una nueva posposición de la fecha de apertura del Archivo electrónico C por plazo de un mes, cuando la justificación de esas sucesivas posposiciones obedece a la necesidad de valorar los criterios basados en juicios de valor con relación a las ofertas de ambos licitadores. Y precisamente, al tiempo de acordarse esta última posposición, el informe de valoración ya estaba finalizado y firmado con anterioridad.

d) La negativa de ENSA a colaborar con cualquier otro licitador diferente de HOLTEC.

En lo referente, en concreto, al acuerdo de exclusión de su oferta por no llegar al umbral en los criterios subjetivos sujetos a juicio de valor, la representante de la UTE recurrente expresa que, se asiste a una indebida exclusión, pues la valoración dada resulta errónea y arbitraria, por lo que viene a desmotar toda la motivación y valoraciones contenidas en el informe técnico.

Tras el análisis pormenorizado de cada uno de los criterios subjetivos valorados y achacando las puntuaciones obtenidas en su oferta de erróneas y arbitrarias, viene a concluir que: *“Por todo ello y en virtud de lo ya señalado, el Tribunal al que nos dirigimos debería observar que el Órgano de Contratación ha incurrido en errores y arbitrariedades manifiestos y patentes en la valoración efectuada, anular la misma y ordenar la retroacción de las actuaciones al momento previo a la valoración técnica indicando que debe realizarse una nueva valoración corrigiéndose los errores aquí advertidos”*.

Pone fin a su extenso escrito de formalización del recurso suplicando la anulación del acuerdo de exclusión de su oferta, para que se ordene retrotraer las actuaciones del presente expediente de contratación al momento inmediatamente anterior a la valoración efectuada, de forma que pueda realizarse una nueva valoración corrigiéndose los errores advertidos.

Recibido el informe del poder adjudicador ENRESA viene a oponerse a las pretensiones anulatorias de las dos actuaciones impugnadas y previo análisis de la inexistencia de conflicto de intereses tras las alegaciones de las vinculaciones mercantiles de ENRESA y ENSA (ambas pertenecientes al sector público empresarial estatal), suplica la desestimación en lo tocante a la exclusión de la oferta de la UTE recurrente TN AMERICAS LLC y ORANO TN ESPAÑA.

1. Sobre la vinculación entre las sociedades mercantiles estatales ENRESA y ENSA y el eventual conflicto de intereses, el informe del órgano de contratación aclara que:

“Tal y como indica la recurrente ENRESA y ENSA pertenecen al sector público empresarial del Estado y en el capital social de ambas participa la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI). No obstante, la recurrente afirma erróneamente que Enresa pertenece al grupo empresarial SEPI al igual que ENSA (página 17 del recurso).

Enresa no forma parte de dicho grupo como puede comprobarse en el Informe anual 2020 del Grupo SEPI accesible a través de su página web (<https://www.sepi.es/es/sala-de-prensa/ultimos-informes>). Se incorpora un recorte de su contenido en el que se relacionan las empresas del Grupo.

(...).

SEPI solo posee un 20% del capital social de Enresa, por lo que no hay relación de dependencia ni directa ni indirecta, ni dirección económica centralizada, ni unidad de decisión, actuando Enresa con plena autonomía respecto de la SEPI, que únicamente dispone de un vocal de los 12 consejeros que componen el Consejo de Administración de Enresa.

Enresa es la sociedad encargada de la gestión de los residuos radiactivos y el desmantelamiento y clausura de las centrales nucleares, que constituye un servicio público esencial reservado al Estado, al amparo del artículo 128.2 de la Constitución, de acuerdo con el Plan General de Residuos Radiactivos, aprobado por el Gobierno y cuyas funciones en el cumplimiento de dicho encargo establece el Real Decreto 102/2014, de 21 de febrero. Su ministerio de tutela es el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico.

Por su parte ENSA se constituyó con el objetivo de satisfacer las demandas del programa nuclear civil español de materia de fabricación de grandes componentes nucleares, entre los que se encuentran los contenedores para almacenaje y transporte de combustible y bastidores de combustible, cuya licitación es objeto del presente recurso.

Es evidente, considerando la actividad de ambas empresas que pueda llegar a existir una relación comercial entre ambas, a la que nos referiremos en el apartado cuarto de este informe. La existencia de este tipo de relaciones contractuales, previas a la convocatoria de la licitación objeto del recurso, no es prueba ni tan siquiera indicio, como pretende la recurrente, de la existencia de un conflicto de intereses.

A propósito de la existencia de contratos previos adjudicados a ENSA, indica la recurrente (página 22- 23 del recurso) que ENSA “tenía una posición privilegiada para resultar adjudicataria del Contrato debido a dicha vinculación con el órgano de contratación”.

A renglón seguido expone el informe del órgano de contratación una serie de consideraciones con el fin de desentrañar que no existe tal conflicto de intereses entre ENRESA y ENSA y así se funda en:

- El hecho de que SEPI sea accionista de ambas empresas, en el caso de Enresa accionista minoritario, no provoca por sí solo un conflicto de intereses. La propia normativa en materia de contratación, como la recurrente reconoce, no obsta la participación de empresas en licitaciones convocadas por otras empresas con las que tengan una vinculación.
- Que Enresa haya formalizado contratos con anterioridad a esta licitación con ENSA, como por otra parte también ha hecho con Holtec y con empresas del Grupo Orano como se detalla en el fundamento cuarto de este informe, no implica la existencia de un conflicto de interés.
- En la tramitación del expediente objeto de recurso, Enresa ha adoptado las medidas tendentes a minimizar el riesgo de un posible conflicto de interés, mediante la abstención de la representante del Grupo SEPI en la única decisión adoptada en este expediente por el Consejo de Administración de Enresa.
- La recurrente no aporta pruebas ni indicios de ningún tipo de la vinculación de ENSA, o su personal, con los miembros del Comité de Compras o del CAT, que pudiera haber comprometido su imparcialidad e independencia.

Por todo ello, concluye que: *“En este caso, y atendiendo a lo expuesto, queda probado que no se daban las circunstancias para excluir de la licitación a la UTE HOLTEC-ENSA”*.

2. Sobre las relaciones comerciales de ENRESA previas a esta licitación con las empresas del grupo HOLTEC, ENSA y con empresas pertenecientes al Grupo ORANO, el informe del órgano de contratación aclara que:

“En cuanto a los argumentos de la recurrente sobre la existencia de otros contratos adjudicados a Holtec y ENSA para la compra de sistemas de almacenamiento en seco del combustible nuclear gastado de las centrales nucleares y los residuos

especiales derivados de su desmantelamiento, cabe hacer las siguientes consideraciones.

En primer lugar, hay que indicar que antes de la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, Enresa no tenía la consideración de poder adjudicador y, por tanto, su contratación se regía por las instrucciones internas de la sociedad vigentes en cada momento.

En segundo lugar, en cuanto a la política de adquisición de sistemas de almacenamiento en seco de los residuos radiactivos para las distintas centrales nucleares, como la recurrente sabe, Enresa ha convocado desde 2008 distintos procedimientos abiertos a la participación de los principales operadores del sector, ya sea mediante procedimiento abierto, restringido o negociado con invitación. La recurrente o empresas pertenecientes a su grupo empresarial han licitado a varios de esos expedientes, por lo que la pretendida acusación de que los procedimientos para este tipo de adquisiciones se han tramitado mediante procedimientos negociados sin publicidad y sin concurrencia es, sencillamente, falsa.

Sirvan, como muestra los siguientes expedientes: (...).

Enresa tiene relaciones comerciales a través de diversos negocios jurídicos con las tres empresas interesadas en el procedimiento (ENSA, Orano y Holtec) para llevar a cabo la gestión del servicio público esencial que ejerce por mandato legal.

Carece pues de todo fundamento este segundo argumento de la recurrente en relación con la existencia de un conflicto de intereses por el mero hecho de haber adjudicado Enresa diversos contratos a las empresas Holtec y ENSA. Si la mera existencia de otros contratos fuese causa de conflicto de intereses, también habría existido conflicto respecto a la propia recurrente por los contratos adjudicados a ésta y a sus empresas vinculadas”.

4. Por último y sobre la anulación de la exclusión de la oferta de la UTE recurrente por no alcanzar el umbral mínimo en su oferta técnica tal y como se aprobó por el Comité a la vista del informe de evaluación hecha por los técnicos, amén de ir analizando criterio por criterio

y la comparativa entre las valoraciones dadas y las rectificaciones pedidas por la UTE TN AMERICAS LLC Y ORANO TN ESPAÑA, el poder adjudicador en el informe remitido a este Tribunal apunta que:

“Alega la recurrente que Enresa ha excedido los márgenes de la discrecionalidad técnica que ampara al evaluador en su valoración técnica, incurriendo en arbitrariedad, errores e inconsistencias en el informe de valoración.

Como más adelante se demostrará in extenso, entrando a valorar las cuestiones puestas de manifiesto por la recurrente para cada criterio de valoración, el evaluador ha valorado las ofertas con total transparencia e imparcialidad, justificando en el informe de forma exhaustiva las puntuaciones otorgadas a ambas licitadoras. En modo alguno la recurrente prueba que se haya traspasado el límite de la discrecionalidad, ni se haya cometido un error en el análisis y valoración de su proposición.

Por el contrario, lo que pone de manifiesto el escrito de recurso y el informe técnico que lo acompaña (en adelante, documento 11.b, según numeración de ese Tribunal) es que la oferta de la recurrente es incompleta y en algunos puntos incomprensible, tanto que ha elaborado un documento de más de 20 páginas para aportar aclaraciones y completar información que mejora su proposición lo que, en esta fase del procedimiento, carece de sentido y no puede ser tomada en cuenta”.

Por todo ello la Presidenta del Comité de Compras de ENRESA suplica finalmente a este Tribunal que: *“se desestimen en su totalidad las pretensiones de la recurrente toda vez que ha quedado probado que no ha existido conflicto de interés, que en ningún momento se ha roto el principio de igualdad de trato entre los licitadores y que tanto el órgano de contratación de Enresa, como el órgano de asistencia han actuado conforme a la ley y no han infringido ninguna norma de procedimiento, ni se han apartado de los pliegos en cuanto a la valoración de las ofertas presentadas”.*

Séptimo. Pues bien, expuestas las posiciones de las partes, hemos de comenzar en primer lugar analizando las alegaciones sobre los conflictos de intereses entre el poder adjudicador y uno de los miembros de la UTE HOLTEC-ENSA, en concreto con ENSA,



para decidir, si existe conflicto de interés o si de las actuaciones desarrolladas en la licitación se pone de manifiesto la existencia de un trato de favor contrario a los principios de igualdad y no discriminación proclamados en los artículos 1 y 132 de la LCSP.

El estudio de la cuestión exige partir del marco normativo y de las resoluciones judiciales y de este Tribunal dictadas sobre el mismo, para a partir de todo ello, establecer las claves en la definición y para el tratamiento del conflicto de interés.

I. En cuanto al marco normativo.

La definición de conflicto de interés en el marco de la contratación pública, la encontramos en las líneas directrices de la OCDE y experiencias nacionales, recogidas en el documento “La gestión de los conflictos de interés en el servicio público”. Dicho documento define el conflicto de interés como un conflicto entre el deber y los intereses privados de un empleado público señalando que se produce cuando *el empleado tiene a título particular intereses que podrían influir inmediatamente en la forma correcta de ejercicio de sus funciones y responsabilidades oficiales*. A continuación, clasifica los conflictos de interés en tres categorías: real, aparente y potencial, atendiendo a si el conflicto se ha producido, es susceptible de serlo o puede producirse en el futuro.

Dicha definición inspira la acogida en el artículo 57 del Reglamento nº 966/2012, que establece como norma jurídica directamente aplicable a la contratación pública financiada con fondos europeos, el siguiente concepto de conflicto de interés:

“1. Los agentes financieros y demás personas implicadas en la ejecución y gestión, incluidos los actos preparatorios al respecto, la auditoría o el control del presupuesto no adoptarán ninguna medida que pueda acarrear un conflicto entre sus propios intereses y los de la Unión.

2. A los efectos del apartado 1, existirá conflicto de interés cuando el ejercicio imparcial y objetivo de las funciones de los agentes financieros y demás personas a que se refiere el apartado 1 se vea comprometido por razones familiares, afectivas, de afinidad política o nacional, de interés económico o por cualquier otro motivo de comunidad de intereses con el beneficiario”.



La legislación española incorpora la definición y el tratamiento del conflicto de interés en el artículo 64 de la LCSP, cuyo tenor literal expresa:

“1. Los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores.

2. A estos efectos el concepto de conflicto de intereses abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación.

Aquellas personas o entidades que tengan conocimiento de un posible conflicto de interés deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación”.

La aplicación coordinada de ambos preceptos (artículo 57 del Reglamento 966/2012 y artículo 64 de la LCSP) resulta indispensable, dado su rango normativo, de forma que la definición de un conflicto de interés y su apreciación debe tener en cuenta la norma española y también la comunitaria, esta cuando el problema se plantee con ocasión de la licitación de un contrato financiado con fondos europeos.

II. En cuanto a las resoluciones judiciales y de este Tribunal dictadas sobre la materia.

Hemos de hacernos eco de las resoluciones nº 511/2022, de 6 de mayo, nº 428/2021, de 22 de julio y, en particular, de la resolución nº 1576/2021, de 29 de diciembre, atendido el análisis que en ella se contiene de las sentencias del TJUE dictadas sobre la materia y otras sentencias a nivel nacional.

En concreto, su Fundamento de Derecho Octavo señala:

“Sobre el concepto de conflicto de interés en el ámbito de la contratación pública, existen múltiples resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión. Procede citar aquí, en particular la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 12 de marzo de 2015, en el asunto eVigilo, C-538-13, (EU:C:2015:166), en la que concreta el concepto de conflicto de interés en los siguientes términos:

«35 Un conflicto de intereses implica el riesgo de que el poder adjudicador público se deje guiar por consideraciones ajenas al contrato en cuestión y se dé preferencia a un licitador por ese mero hecho. Un conflicto de intereses de ese tipo puede infringir el artículo 2 de la Directiva 2004/18.

36 A este respecto, el hecho de que el poder adjudicador haya nombrado expertos que actúan bajo su mandato para evaluar las ofertas presentadas no le exime de su responsabilidad de respetar las exigencias del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia SAG ELV Slovensko y otros, C-599/10, EU:C:2012:191, apartado 23).

37 Para declarar la parcialidad de un experto es necesario valorar los hechos y las pruebas, valoración que forma parte de la competencia de los poderes adjudicadores y de las autoridades de control administrativas o judiciales».

Sentado lo anterior, continúa en los términos siguientes en relación con la carga de probar la parcialidad que puede conducir a considerar existente un conflicto de intereses:

«43 Como este deber corresponde al contenido esencial de las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos (véase la sentencia Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, apartado 45), de ello se desprende que el poder adjudicador está obligado, en cualquier caso, a comprobar la existencia de eventuales conflictos de intereses y a adoptar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y poner remedio a los conflictos de intereses. Pues bien, resulta incompatible con ese papel activo hacer recaer sobre la demandante la carga de probar, en el marco del procedimiento de recurso, la parcialidad concreta de los expertos nombrados por el poder adjudicador. Una solución en ese sentido resulta también contraria al principio de efectividad y a la exigencia de un recurso eficaz que figura en el artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 89/665, dado que un licitador no está, por regla general, en condiciones de tener acceso a



información y a elementos de prueba que le permitan demostrar una parcialidad de ese tipo.

44 De este modo, si el licitador excluido presenta elementos objetivos que ponen en entredicho la imparcialidad de un experto del poder adjudicador, incumbe al propio poder adjudicador examinar todas las circunstancias pertinentes que han conducido a la adopción de la decisión relativa a la adjudicación del contrato con el fin de prevenir, detectar y poner remedio a los conflictos de intereses, incluso recurriendo a las partes para que presenten, en caso necesario, información y elementos de prueba.

45 Elementos como los alegados en el litigio principal en relación con los vínculos entre los expertos nombrados por el poder adjudicador y los especialistas de las empresas adjudicatarias del contrato, en particular la circunstancia de que esas personas trabajen juntas en la misma universidad, pertenezcan al mismo grupo de investigaciones o tengan vínculos de subordinación en el seno de esa universidad, si se acredita debidamente, constituyen elementos objetivos que deben dar lugar a un examen pormenorizado por parte del poder adjudicador o, en su caso, por parte de las autoridades de control administrativas o judiciales».

Y con este fundamento, el Tribunal de Justicia concluye que «el artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su versión modificada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, y los artículos 2, 44, apartado 1, y 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen en principio a que se declare la ilegalidad de la evaluación de las ofertas de los licitadores por el mero hecho de que el adjudicatario del contrato haya tenido vínculos significativos con expertos nombrados por el poder adjudicador que hayan evaluado las ofertas. El poder adjudicador está obligado, en cualquier caso, a comprobar la existencia de eventuales conflictos de

intereses y a tomar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y poner remedio a los conflictos de intereses. En el marco del examen de un recurso dirigido a obtener la anulación de la decisión de adjudicación debido a la parcialidad de los expertos, no puede exigirse al licitador excluido que demuestre concretamente la parcialidad del comportamiento de los expertos. Corresponde, en principio, al Derecho nacional determinar si —y en qué medida— las autoridades administrativas y judiciales competentes deben tener en cuenta la circunstancia de que una eventual parcialidad de los expertos haya tenido o no incidencia en la decisión de adjudicación del contrato».

Se invoca en esta reciente resolución de este Tribunal, la sentencia núm. 965/2019 de 27 diciembre del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (ECLI:ES:TSJAS:2019:3658), en la que se analiza la conformidad a Derecho de una exclusión acordada por un órgano de contratación al amparo del artículo 64 de la LCSP, por considerar que existe conflicto de intereses, supuesto con similitud al que ahora nos ocupa.

En la misma se manifiesta:

“«A la hora de determinar en qué circunstancias existe riesgo de conflicto de intereses y las consecuencias de su apreciación, se indica:

“98. En particular, según la jurisprudencia y el punto 2.3.6 de la PRAG, existe un riesgo de conflicto de intereses en el supuesto de que se haya encargado a una persona la realización de trabajos preparatorios en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, dado que, en tal supuesto, esa persona puede encontrarse en un situación que dé lugar a un conflicto de intereses (sentencia de 3 de marzo de 2005, Fabricom, C-21/03 y C-34/03 , EU:C:2005:127 , apartados 28 a 30).

99. No obstante, si bien, a tenor del artículo 94 del Reglamento financiero, aquellos candidatos o licitadores que, durante el procedimiento de adjudicación de un contrato público, se hallen en una situación de conflicto de intereses quedarán excluidos de la adjudicación de dicho contrato, esta disposición solo permite excluir a un licitador de un procedimiento de adjudicación de un contrato público si la situación de conflicto de intereses a que se refiere es real y no hipotética. A estos efectos, es preciso que un riesgo de conflicto de intereses sea efectivamente constatado, tras una valoración en concreto de



la oferta y de la situación del licitador (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de marzo de 2005, Fabricom, C-21/03 y C-34/03, EU:C:2005:127, apartados 32 a 36; de 19 de mayo de 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, apartados 26 a 30, y de 18 de abril de 2007, Deloitte Business Advisory/Comisión, T- 195/05, EU:T:2007:107, apartado 67).

101. Sin embargo, aunque el poder adjudicador no tiene una obligación absoluta de excluir sistemáticamente a los licitadores en situación de conflicto de intereses, la exclusión de un licitador en situación de conflicto de intereses resulta indispensable cuando no se dispone de un remedio más adecuado para evitar cualquier vulneración de los principios de igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia (véase la sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Entreprise commune Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartados 116 y 117 y jurisprudencia citada)”.

Respecto al papel del poder adjudicador se señala:

“102. A este respecto, habida cuenta de que el poder adjudicador debe dar a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrar con transparencia, le corresponde un papel activo en la aplicación y el respeto de esos principios. En particular, el poder adjudicador está obligado, en cualquier caso, a comprobar la existencia de eventuales conflictos de intereses y a adoptar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y poner remedio a los conflictos de intereses (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de marzo de 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, apartados 42 y 43).

103. De todo lo anterior se desprende que incumbe al poder adjudicador, por una parte, garantizar, en cada fase de un procedimiento de licitación, el respeto del principio de igualdad de trato y, por otra parte, determinar en cada caso, tras una evaluación concreta, si una persona o un candidato se encuentra en una situación de conflicto de intereses antes de decidir excluirle o no del procedimiento de licitación y de llevar a cabo la adjudicación del contrato”. Resulta pues incuestionable el papel activo que se otorga al poder adjudicador en el control del principio de igualdad de oportunidades así como que la exclusión del licitador en quien concurra conflicto de intereses es no solo una consecuencia posible sino obligada para preservar el principio de igualdad de trato. Ya lo había afirmado la STGUE, 27 de abril de 2016 (ROJ: STGUE 33/2016 - ECLI: EU:T:2016:248):



46. En cambio, la existencia de un conflicto de intereses debe llevar a la entidad adjudicadora a excluir al licitador afectado cuando esa decisión constituya la única medida posible para evitar una vulneración de los principios de igualdad de trato y de transparencia, de obligado respeto en todo procedimiento de conclusión de un contrato público (véanse en ese sentido, y por analogía, las sentencias Assitur, apartado 43 supra, EU:C:2009:317, apartado 21, y de 23 de diciembre de 2009, Serrantoni y Consorzio stabile edili, C-376/08, Rec, EU:C:2009:808, apartado 31), es decir, cuando no existe otra medida menos restrictiva para asegurar el respeto de esos principios (véase en ese sentido la sentencia Nexans France/Empresa común Fusion for Energy, apartado 45 supra, EU:T:2013:141, apartado 117 y la jurisprudencia citada). Conviene precisar que un conflicto o una confusión de intereses constituye, en sí mismo y objetivamente, una disfunción grave o una anomalía seria, sin que sea necesario para su calificación tener en cuenta las intenciones de los interesados ni su buena o mala fe (véanse en ese sentido las sentencias de 15 de junio de 1999, Ismeri Europa/Tribunal de Cuentas, T-277/97, Rec, EU:T:1999:124, apartado 123; Nexans France/Empresa común Fusion for Energy, citada en el apartado anterior, EU:T:2013:141, apartado 115, y de 11 de junio de 2014, Communicaid Group/Comisión, T-4/13, EU:T:2014:437, apartado 53)».

Aplicando la citada doctrina al caso particular, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias concluye que efectivamente existe un conflicto de interés por los motivos siguientes:

«De la jurisprudencia transcrita se colige que para la apreciación de la existencia de un conflicto de intereses es necesaria una valoración en concreto de la oferta y, por otra parte, de la situación del licitador de que se trate; análisis objetivo que haga abstracción de las intenciones de los interesados de manera que, una vez constatada esta situación, determinar si la exclusión de ese licitador es el único remedio para garantizar la observancia de los principios de transparencia y de igualdad de oportunidades de los licitadores.

Así las cosas y valorada la situación de la demandante, se concluye la correcta apreciación del conflicto de intereses así como que la medida adoptada era la única factible. Y ello porque el objeto del contrato del que fue excluida (año 2018) es sustancialmente idéntico a los realizados en los años precedentes (2013 a 2015), en cuya elaboración y adjudicación

había tenido una intervención directa uno de los dos únicos socios de la empresa como responsable del área de Comunicación y Coordinación de la Presidencia del Principado de Asturias. De ello resulta que la mercantil de la que el Sr. Sergio es además administrador único, parte de una posición de ventaja respecto a otros competidores en la medida en que, habiendo intervenido directamente en los términos de las contrataciones precedentes, era perfecto conocedor de las necesidades y exigencias administrativas que habían de satisfacerse».

Por último, debemos hacernos eco de las conclusiones jurídicas alcanzadas por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en el expediente 16/2019, en el cual se define el ámbito subjetivo del conflicto de interés, destacando su carácter personal y que el mismo no se presume, *dado que en el específico supuesto de las Administraciones Públicas, la configuración del estatuto jurídico del personal al servicio de las mismas impide que pueda dudarse de forma apriorística de la licitud de su conducta, estando prohibida rigurosamente toda actuación que implique cualquier tipo de presión que pueda generar conflicto de intereses.*

III. Claves del conflicto de interés para su apreciación y tratamiento a la luz de la normativa y resoluciones citadas.

En primer lugar, hemos de partir del ámbito subjetivo de apreciación del conflicto de interés. Tanto el artículo 57 del Reglamento 966/2012 como el artículo 64 de la LCSP, exigen que el conflicto se suscite en una persona física, que se encuentre al servicio del órgano de contratación y que participe en el proceso de licitación o pueda influir en el resultado del mismo.

En segundo lugar, el conflicto se suscita atendidos los intereses personales, económicos o financieros que la persona en cuestión tenga en relación a un licitador que participa en un procedimiento de contratación. Con ello se está excluyendo un conflicto en abstracto o hipotético.

El interés que determina el conflicto no necesariamente tiene que incluirse en una de las tres categorías mencionadas expresamente en el artículo 64 de la LCSP, basta que comprometa la independencia o la imparcialidad con que debe actuar.

En tercer lugar, el conflicto no se presume. Ahora bien, ello no implica que invocada de contrario su existencia, deba exigírsele a, en este caso el recurrente, una prueba exhaustiva de su existencia. Como señalan las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea antes citadas, esa exigencia incumbe al órgano de contratación, a quien corresponde la detección precoz, la prevención y la sanción del conflicto de interés.

Precisamente por ello, el conflicto de interés no exige siempre y necesariamente la audiencia al licitador compelido o parte en el conflicto de interés, a diferencia de otros supuestos de exclusión o no admisión, pues es la propia Administración contratante, quien normalmente tendrá en su ámbito la capacidad de detectar y resolver si existe o no conflicto de interés, dado que este se suscita entre los intereses propios de la persona a su servicio y el interés público que ella representa.

En cuarto lugar, la reacción primera ante el conflicto de interés debe ser detectarlo y evitarlo, aplicando, entre otros mecanismos, el previsto en el artículo 23 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del sector Público.

Ahora bien, como última ratio si no existe otro remedio, deberá procederse a la exclusión del licitador beneficiado por la actuación del empleado público conflictuado, previa audiencia a aquel.

Octavo. Análisis del supuesto de hecho en cuestión a la luz de las consideraciones contenidas en el Fundamento de Derecho anterior.

La recurrente plantea la existencia de un conflicto en abstracto, con base en las relaciones mercantiles entre ENRESA y ENSA, uno de los miembros de la UTE HOLTEC-ENSA y en las relaciones contractuales previas a la licitación de la cual deriva el presente recurso especial entre ENRESA, HOLTEC y ENSA.

En ningún momento, la recurrente identifica a un solo empleado público de ENRESA que participe en el proceso de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, afectado por el conflicto de interés. Tampoco apunta siquiera el tipo de interés financiero, económico o personal que vicia la licitación. Se limita a presumirlo, en abstracto y con carácter general. Solo por ello, el motivo merecería ser desestimado.

A mayor abundamiento, frente a los argumentos de la recurrente y a la vista del informe del órgano de contratación y de la documentación pública a la que en él se hace referencia, debemos hacer las siguientes consideraciones:

-ENSA y ENRESA son sociedades mercantiles estatales, independientes y autónomas que ni siquiera forman parte del mismo grupo empresarial, dado que SEPI ostenta una participación solo del 20% en ENRESA.

ENSA está integrada por unos órganos de gobierno elegidos conforme a la legislación societaria, siendo así que en su Consejo de Administración figuran representantes de diferentes Ministerios de la A.G.E., de la SEPI, de la Intervención General del Estado, del Gobierno de Cantabria y de las entidades sindicales más representativas en la región.

Por su parte, ENRESA es una sociedad mercantil de capital público cuyo capital social -según se indica en su web corporativa- pertenece en un 20% a la SEPI y en un 80% al CIEMAT, organismo adscrito al Ministerio de Ciencia e Innovación. ENRESA dispone de sus propios órganos de administración y gobierno.

-ENRESA ha licitado con anterioridad a la aplicación de la Ley 9/2017, invitando a AREVA (actual ORANO) tal y como recoge en su informe al recurso, en el cual reconoce expresamente *que mantiene relaciones comerciales con las tres empresas interesadas en el procedimiento, ENSA, ORANO y HOLTEC, para llevar a cabo la gestión del servicio público esencial que ejerce por mandato legal.*

-La tercera empresa a la que la recurrente alude en su recurso, adjuntando el escrito que esta dirigió a ENRESA, justifica su no presentación al mismo, invocando para ello la decisión de ENSA de concurrir a la licitación con HOLTEC y apuntando también la conexión empresarial entre ENRESA y SEPI.

Desde la perspectiva de la resolución de este recurso especial, dicha misiva cuestiona la decisión de ENSA sobre cómo y con quien concurrir a la licitación; actuación que no es susceptible de recurso ante este Tribunal, sin que por otra parte se denuncien ni mucho menos se acompañen indicios o pruebas sobre la existencia de práctica colusoria, más allá

del interés del tercero en haber sido el *partner* elegido por ENSA para acudir a esta licitación.

-En cuanto a los actos afectados por el conflicto de interés, el recurso solo impugna el acuerdo de entender subsanada la insuficiencia de la garantía provisional y el acuerdo de exclusión. Al primero ya nos hemos referido en los Fundamentos de Derecho Cuarto y Quinto, para inadmitir el recurso y declarar a mayor abundamiento su validez. Al segundo nos referiremos más extenso en el siguiente y último Fundamento de Derecho de esta resolución.

Ahora bien, el recurso sin dirigirse contra ellos se refiere a otros actos, identificándolos como muestra de la existencia de conflicto de interés. Solo por ello, el motivo debiera desestimarse, sin embargo con ánimo de ser exhaustivos, dada la relevancia de la controversia suscitada, debemos señalar, comenzando por la impugnación de la ampliación del plazo de presentación de ofertas, que la misma se considera ajustada a derecho sin reflejar trato desigual o discriminatorio.

En efecto, el plazo de presentación de ofertas se amplía a petición de la UTE ENSA-HOLTEC, tras haberse desestimado idéntica pretensión formulada por la recurrente. En su informe el órgano de contratación justifica la decisión en el momento y la diferente situación, en la que se reciben las solicitudes: la recurrente en un momento inicial del transcurso del plazo, cuando se habían planteado escasas consultas (16) y la UTE, ENSA-HOLTEC, en un momento mucho más avanzado cuando el número excedía ya de 40 y, por lo tanto, cuando la información complementaria era sustancialmente superior (consultas y respuestas) a la existente cuando se formuló la solicitud inicial por el recurrente. Por otra parte, no resulta indiferente a este Tribunal el hecho de que la recurrente presentó su oferta tras la ampliación y que esta, debidamente publicada y motivada, benefició a ambas licitadoras.

Asimismo, deberemos hacer referencia a la sucesiva ampliación del plazo para proceder a la apertura del Sobre C. El órgano de contratación justifica en su informe la forma de proceder, argumentando la complejidad y el volumen de las ofertas, que ocasionó un retraso en la valoración de las mismas. No acierta este Tribunal a identificar cuál es la

irregularidad invalidante ni el trato desigual o discriminatorio denunciado y por ello entendemos que procede desestimar el motivo.

-Por último, llama poderosamente la atención del Tribunal el momento elegido por la recurrente para denunciar el conflicto de interés: justo cuando su oferta resulta excluida, sin haberlo antes puesto de manifiesto, aplicando, por ejemplo, lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, tal y como además exige el último párrafo del apartado segundo del artículo 64 de la LCSP.

En efecto, el tratamiento del conflicto de interés parte de su prevención y detección precoz. En puridad, el órgano de contratación debe ser el primer interesado en ello, de forma que el licitador que aprecie su existencia debe ponerlo de manifiesto de inmediato, para evitar con ello que la última forma de reaccionar sea la exclusión del licitador afectado.

Lejos de ello, la recurrente no formuló objeción alguna en tal sentido a lo largo de la licitación y ello pese a conocer parte de los hechos que denuncia tras la finalización del plazo de presentación de ofertas. Muy al contrario, ha sido cuando le ha sido notificada su exclusión cuando, vía recurso, pretende introducir de forma extemporánea esta cuestión, fundada en meros indicios y sin que ello contamine la legalidad de la licitación.

En consecuencia, atendidos los razonamientos que se han ido desarrollando a lo largo de este y anteriores Fundamentos de Derecho, no se aprecia la existencia del conflicto de interés en los términos denunciados por la recurrente, debiendo desestimarse su recurso en este punto.

Noveno. Sobre los errores y las arbitrariedades denunciadas por la UTE recurrente en el informe de valoración de los criterios subjetivos, en base al cual queda excluida su oferta, por no alcanzar el umbral mínimo exigido en el apartado H.2 del Anexo 1 al PCAP.

Partiendo del carácter vinculante de los pliegos, pues no han sido impugnados en tiempo y forma y gozan de los efectos de actos firmes y consentidos, hemos de reflejar el tenor literal del apartado H.2 del Anexo 1 del PCAP, esto es, del cuadro de características que dentro de este apartado sobre criterios de adjudicación y evaluación de ofertas dispone cuanto sigue:

“2. Umbral mínimo de puntuación para los criterios cuya valoración depende de un juicio de valor.

*Las ofertas que **no alcancen al menos 24 puntos** en la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor se considerarán técnicamente insuficientes y quedarán excluidas del procedimiento.*

Este umbral se justifica por la complejidad de los trabajos demandados cuya ejecución requiere una adecuada comprensión de su alcance. A esto se une la criticidad del proyecto y el riesgo que entraña en términos de coste y plazo una inadecuada selección del futuro contratista”.

Se trata de la exigencia de un umbral del 50% en el total del peso de la valoración de los criterios de adjudicación, que dependen de un juicio de valor con un máximo de 48 puntos, por lo que el licitador que no alcance dicho umbral, la consecuencia jurídica no puede ser otra que la decretar la exclusión de su oferta sin que proceda la apertura del sobre o archivo que contenga los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas.

En este caso, la valoración en base a los mismos que realiza el órgano contratante de las ofertas presentadas, tiene un contenido exclusivamente técnico, cualitativo y de eficacia que en este caso se ha evaluado mediante juicios de valor.

La lectura del escrito del recurso, del informe del órgano de contratación y del más detallado que acompaña a este, pone de manifiesto que las discrepancias lo son de apreciación respecto a la adecuación a la LCSP de los criterios técnicos y su puntuación, así como de la fijación de umbrales en su evaluación.

A dicha conclusión se llega, tras la lectura del informe detallado que el órgano de contratación acompaña a su informe al recurso. En ese documento se analizan pormenorizadamente las alegaciones contenidas en el recurso y se contesta a cada una de ellas, con base en la valoración efectuada en el expediente de contratación, que se detalla y ajusta en el informe anexo al recurso siguiendo cada una de las alegaciones realizadas en los siguientes términos:

“Criterio 1.a (sobre el 3.1.1.1 del informe de valoración)

- Según la recurrente, el informe de valoración dice que “la oferta no tiene previsto cargar combustible exfoliado o afectado por CILC como combustible normal”. El documento 11.b reitera que “en la evaluación de Enresa se afirma que Orano TN no tiene ningún plan para cargar combustible exfoliado o afectado por CILC como combustible normal, salvo la contratación de ENUSA”.

Esto no es correcto. El informe de valoración señala que el sistema ofertado “no permite” la carga de combustible exfoliado PWR y de combustible afectado por CILC para BWR, como combustible no dañado. El informe menciona el impacto en el licenciamiento de la metodología propuesta para exfoliación sin entrar a enjuiciarla, sino valorando los plazos potencialmente elevados para la obtención de su licencia y aplicación en España. El informe también indica que la alternativa de su gestión como combustible dañado tendría un alto impacto dado el elevado número de elementos potencialmente afectados.

Para el caso del CILC, aunque el punto 4.3.1 de la oferta de la recurrente lo mencione en el título, el texto de dicho apartado no indica nada en relación con este tipo de defecto, incluyendo únicamente consideraciones sobre la exfoliación. El CILC es un mecanismo de fallo diferente a la exfoliación, que afecta a combustibles distintos y a materiales diferentes.

Alega la recurrente que “los combustibles exfoliados y afectados por CILC no se encuentran entre los tipos de combustible para cuyo almacenamiento se exija un proceso o metodología de licenciamiento que sea objeto de valoración”.

Esta afirmación tampoco es cierta. El anexo 8 del PCA indica textualmente (pág. 38): “Uno de los aspectos fundamentales que deben demostrar las proposiciones, sobre la base de licencias y metodologías aprobadas, es la aplicabilidad en España del sistema ofertado para las necesidades indicadas por Enresa. [...] Partiendo de la información de las licencias o certificados y de las metodologías aprobadas para obtenerlas (almacenamiento y transporte), se describirá la metodología o estrategia de licenciamiento planteada considerando, como mínimo, los siguientes aspectos del sistema propuesto: altos quemados, gestión de elementos dañados, capacidades del sistema para cumplir con el vaciado de la piscina y el posterior transporte, en los plazos propuestos por Enresa.....”.



Los elementos de combustible afectados por defectos, como son los que sufren exfoliación (en combustibles tipo PWR) y los que tienen CILC (en combustible tipo BWR), son parte del inventario de elementos de combustible de las centrales nucleares incluidas en el alcance de esta licitación. La estrategia de licenciamiento de este tipo de combustible forma pues parte de la valoración ya que, en caso de no poder aplicar metodologías que los clasifiquen como no dañado, tendrían que ser clasificados como combustible dañado con las consecuencias que eso tiene sobre la gestión de esos elementos combustibles.

La recurrente alega que “el informe de valoración indica que la oferta de Orano no proporciona la estrategia para el licenciamiento [...] del combustible de alto grado de quemado (...) Sin embargo, el sistema EOS dispone de licencia de almacenamiento probada por la NRC de EE.UU”.

El informe de valoración dice “la oferta solo menciona que el sistema EOS ya incluye el alto quemado y es conforme con el NUREG-2224”. Para valorar este aspecto y la metodología incluida en la licencia sobre la que no hay explicación en la oferta, Enresa ha tenido que consultar el Estudio de Seguridad del contenedor (FSAR) proporcionado, cuya información es incompleta ya que no permite acceder a las partes confidenciales. Tal y como se ha dicho anteriormente, este criterio pretende valorar la aplicabilidad en España del sistema propuesto, sus licencias y metodologías.

Seguidamente, la recurrente apunta al cumplimiento de la función de recuperabilidad a nivel de elemento de combustible y el uso de tapas de extremo, acusando a Enresa de introducir un nuevo requisito no recogido en los pliegos cuando alude a la posibilidad de recuperar el combustible a nivel individual tras un accidente.

En este aspecto, la recurrente tacha de ambiguo el PPT (pág. 14) que indica: “Las evaluaciones de la seguridad del sistema deberán considerar el requisito de recuperabilidad (“retrievability”), asumiendo condiciones normales y anormales. Para accidentes, el diseño para almacenamiento deberá incorporar la recuperación del combustible gastado en conformidad con los requisitos del NUREG-2215 en cumplimiento del 10CFR72.122(l). También incluirá el análisis de contingencias ante eventos previstos y otros más allá de bases de diseño de acuerdo con la información consultable del pliego”.



El 10CFR72.122(l) es una normativa de EE.UU. y el PPT la menciona para el caso accidental con el fin de que quede claro el concepto: “Recuperabilidad: Los sistemas de almacenamiento deben ser diseñados para permitir la recuperación del combustible gastado, residuos de alta actividad y residuos GTCC relacionados con el reactor para su posterior procesamiento o disposición”.

La recurrente no señala que, además del extracto que copia, el PPT alude expresamente a los análisis de contingencias ante sucesos previstos y otros más allá de bases de diseño.

La recurrente cita la IS-20 (Instrucción de Seguridad del Consejo de Seguridad Nuclear) argumentando que ésta no exige la recuperabilidad del combustible a nivel individual tras accidente del elemento combustible, pero omite que esa misma norma indica en el punto 3.6.1: “el contenedor se diseñará para soportar las cargas resultantes en condiciones normales, anormales, de accidente y los fenómenos naturales postulados asegurando que el sistema mantendrá sus funciones de subcriticidad, blindaje, evacuación del calor, confinamiento y la adecuada capacidad de recuperación del combustible”.

También ignora la recurrente que el artículo 17.2 del R.D. 1400/2018, por el que se aprueba el Reglamento sobre seguridad nuclear en instalaciones nucleares, establece que “en instalaciones donde se almacene combustible gastado o residuos radiactivos se asegurará su recuperabilidad ante cualquier suceso iniciador postulado o sucesos externos o internos previstos en el diseño”.

Estos requisitos aplican directamente al sistema de almacenamiento de las instalaciones en línea con lo indicado en el PPT (pág. 14). Por tanto, la alegación de que el pliego es ambiguo carece de sentido.

En cuanto a este aspecto, el informe de valoración pone de manifiesto la incertidumbre que genera en el proceso de licenciamiento la solución propuesta por la recurrente; asimismo indica, sin que la recurrente se haya opuesto a ello, que la oferta no aporta datos de las tapas de extremos ni de los FFC, lo que también motivó la valoración negativa.

Seguidamente, la recurrente aprecia un “error grosero” del informe de valoración en relación con las modificaciones del bastidor del contenedor necesarias para acomodar



tapas de extremo o FFC. Según dice ahora, esta modificación no es necesaria para la cápsula EOS 37PTH DSC.

Este aspecto ha sido extremadamente difícil de evaluar dada la falta de claridad de la oferta, como el informe subraya.

La oferta dice (pág. B-62) que “el bastidor para el combustible dañado y fallado es idéntico al bastidor para el combustible intacto; las tapas de los extremos del combustible dañado o la cápsula de combustible fallado caben dentro de los compartimentos de combustible estándar”. En la pág. B-48 dice “Las descripciones del contenido y los valores directamente relevantes para el combustible de ENRESA se resaltan en texto azul en las tablas siguientes cuando es necesario”.

En la tabla final de la página B-54 figuran un conjunto de bastidores resaltados en azul: B1/B2/B3/B4H/B4L/B5, pero los valores de referencia están también resaltados en azul para los bastidores tipo A que figuran también en la tabla. La oferta no concreta qué bastidor aplica al sistema propuesto. Para responder a esta cuestión se ha analizado el FSAR del contenedor (pág. 1-2) del que cabe deducir que el Tipo 4 es el único que admite combustible dañado y fallado. Según esto, el bastidor podría ser el 4L según la Tabla de la página 4-1 del FSAR, ya que el 4H no está permitido en el sistema NUHOMS-EOS propuesto.

Igualmente están resaltados en azul en la oferta los tipos 1, 2, 3 y 5 que no permiten cargas de combustible dañado/fallado porque los bastidores no tienen las modificaciones necesarias para las tapas y FFC.

La valoración dada responde a la total falta de concreción en este aspecto que podría haberse resuelto fácilmente en la oferta si la recurrente hubiera señalado, de entre todos, el bastidor propuesto.

En el documento 11.b la recurrente añade ahora un dato que no consta en su oferta: que “se puede hacer un tipo de bastidor común que se adapte tanto a los tapones para combustible dañado como a los FFC para todos los DSC”, apuntando a la posibilidad de

que haya varios tipos de bastidor posibles: uno para tapones, otro para FFC y otro combinando ambos.

En cualquier caso, el informe de valoración constata que el bastidor que admite tapones o FFC es diferente del resto de los incluidos en el FSAR (se menciona la figura 1-2a del FSAR, pero aplica también la página 1-2) y que la oferta no detalla las diferencias entre bastidores, ni estas aparecen en los planos proporcionados.

Para la cápsula DSC 89BTH la oferta indica que incluirá en una futura modificación del FSAR la posibilidad de acoger fallados y dañados limitándose a decir que esto supondrá pequeños cambios en el bastidor sin detallarlos ni explicar las consecuencias que tendrán en el licenciamiento (pág. 5 del informe de valoración).

Todas estas incertidumbres en el alcance de la oferta y las carencias de información son los aspectos que se han valorado negativamente.

La recurrente se queja de la mención que el informe de valoración hace sobre la “posible distorsión” en la aplicación de terminologías de “dañado” y “fallado” respecto a las ya aplicadas en algunas instalaciones españolas. El informe se limita a constatar este hecho, sin otorgarle ninguna calificación negativa.

- Finalmente, la recurrente reitera que su solución para tapas de extremo y terminologías de “dañado” y “fallado” son utilizadas y aceptadas por la NRC en EE.UU. Como indica el informe de valoración y reiteramos aquí, somos plenamente consciente de ello, pero en este criterio se valoran otros aspectos respecto de los que se ha penalizado la falta información.

Criterio 1.b (sobre el 3.1.1.2 del Informe de Valoración)

- En este apartado, como ya hemos indicado en el cuerpo de este informe, la recurrente reconoce un incumplimiento del PPT al señalar que el sistema de transporte ofertado no está licenciado y que la licencia que aporta “a modo meramente ejemplificativo” es la concedida por el organismo regulador francés para un contenedor “similar en cuanto a dimensiones, materiales y construcción”.

Debemos recordar el requerimiento del PPT (pág. 3) de que el sistema de almacenamiento y transporte propuesto esté previamente licenciado ante algún organismo regulador nuclear, preferentemente el CSN u otro regulador que use normativa de base norteamericana para la evaluación de su diseño y licencia.

En modo alguno cabe admitir una licencia que se presenta a modo de ejemplo. Todos los análisis de seguridad del TN Eagle aprobado en Francia y los del TN Eagle-STC ofertado, que está en evaluación en EE.UU., son diferentes: ni la carga térmica es la misma, ni la carga radiológica, ni el comportamiento estructural del interior del contenedor, ni el confinamiento se analizan igual.

La recurrente aduce que la oferta de su competidor fue valorada positivamente pese a proponer un diseño de módulo diferente al que actualmente está evaluado por la NRC. En modo alguno estamos ante el mismo caso: mientras que la recurrente ha propuesto un contenedor de transporte que aún no dispone de licencia, el módulo modificado de la oferta de la UTE Holtec-Ensa está incorporado en la licencia aprobada y no requiere autorización previa por la NRC, tal y como se justifica en su oferta.

- Por otra parte, se queja de que ha recibido una puntuación “increíblemente baja [...] por una actividad que Enresa no tiene planes concretos de llevar a cabo durante el periodo de este proyecto o en un futuro previsible”. No corresponde a la recurrente cuestionar la gestión de Enresa y menos puede ignorar que el PPT, siguiendo la normativa española (puntos 3.1.9 y 3.1.13 de la IS-20), exige el licenciamiento del sistema tanto en su modalidad de almacenamiento como de transporte, en el marco de este contrato.

- En cuanto al siguiente aspecto, relativo al uso de tapas de extremo y FCC, nos reiteramos en lo ya dicho en este informe en cuanto al almacenamiento: ni Enresa ha introducido nuevos requisitos ni rechaza de forma arbitraria la propuesta de la recurrente, nos limitamos a poner de manifiesto las posibles dificultades en el curso del licenciamiento subrayando las carencias de la oferta en cuanto a la posibilidad de cargar en el contenedor de transporte combustible dañado y fallado BWR, y la falta de una estrategia para conseguir su licenciamiento en España.

Criterio 2.a (sobre el 3.1.2.1 del Informe de Valoración)

- El documento 11.b dice que “la evaluación negativa más importante en esta sección es que la propuesta no proporciona suficientes detalles del plan de carga para demostrar que la licencia de almacenamiento de EOS permitirá almacenar el combustible en menos de tres años tras el cese”. Esta alegación no se entiende ya que el informe de valoración concluye que la propuesta sí cumple el tiempo mínimo de enfriamiento tanto para el combustible PWR como para el BWR (págs. 10 y 13 del informe de valoración).

Tampoco se han valorado negativamente las inexactitudes relativas al vaciado de las piscinas que el informe se limita a señalar.

Lo que sí debemos resaltar es que en el documento 11.b la recurrente aporta datos que modifican su oferta, por ejemplo, en lo que respecta al momento en que podrán cargarse los contenedores para el vaciado de la piscina, mientras que la oferta para la CN Cofrentes (punto 6.3.2) dice que “De los 44 DSC cargados según los tipos 1 y 3, seis se cargarán en 2027 y 2029. Los 38 restantes pueden cargarse inmediatamente después de la parada”; ahora (pág. 5 del documento 11.b) se menciona la posibilidad de cargarlos previamente a la parada.

Algo similar ocurre cuando la oferta y el documento 11.b aportado con el recurso se refieren al vaciado de las piscinas de Ascó y Vandellós II.

En resumen, el informe de valoración analiza la oferta en cuanto al vaciado de las piscinas en 3 años tras el cese sobre las bases e hipótesis formuladas por la licitadora. Plantear ahora una estrategia diferente no solo está fuera de lugar si no que no es coherente con las potencias térmicas y las regionalizaciones consideradas en la oferta.

- La recurrente indica que el informe de valoración afirma que “las condiciones ambientales normales de 21,1°C de promedio anual no cubren las condiciones ambientales de las centrales y, por tanto, la revisión rebaja la capacidad térmica del sistema EOS a menos de 41,8 kW, comprometiendo aún más la capacidad de vaciar las piscinas en 3 años desde el cese de operación.” Y concluye que “Esta afirmación tergiversa fundamentalmente la base de diseño térmico de Orano TN”.

Lo que el informe indica es que el valor de 47,2°C dado en la oferta (pág. B-45) como la máxima temperatura de diseño ambiental, en realidad corresponde al valor en condiciones anormales y de accidente del sistema, según recoge el propio FSAR, cuando la oferta debería haber indicado la temperatura en condiciones normales. Habiendo identificado en el FSAR del sistema el valor de 21,1°C para condiciones normales, la evaluación observa que este valor es inferior a la temperatura máxima de diseño de todos los emplazamientos y también a la máxima temperatura media (temperaturas medias mensuales) de uno de los emplazamientos, según los datos consultables.

Constatadas estas diferencias, el informe de evaluación identifica el efecto que éstas podrían tener en la capacidad térmica del sistema poniendo, como ejemplo, lo que el propio FSAR del sistema identifica sobre condiciones ambientales de los emplazamientos.

Criterio sobre la gestión del combustible defectuoso (apartado 3.1.2.2 del Informe de Valoración)

En el documento 11.b la recurrente plantea tres objeciones a la evaluación de su oferta en cuanto al tratamiento del combustible con exfoliación o CILC.

Conforme a lo establecido en el anexo 8 al PCA, este criterio evaluaba la aplicación de metodologías que permitan clasificar como no dañados estos elementos combustibles.

- Al respecto la recurrente trae a colación la idoneidad económica de la utilización de los tapones de combustible dañado para la gestión del combustible con estos defectos, lo que ni responde a este criterio ni es objeto de valoración.

Su tercera objeción se hace a la propuesta presentada por el otro licitador para el combustible PWR afectado con exfoliación. El informe de valoración no da detalles de la metodología planteada por el competidor por su carácter confidencial, pero para motivar la valoración otorgada, si señala que la reducción del espesor de pared de la vaina, considerando el defecto, es una aproximación analítica global en línea con otras metodologías aprobadas. Por otra parte, se valora también la alternativa dada por el competidor para todo aquel combustible con exfoliación que no pueda justificarse como no

dañado, basándose en análisis de reconfiguraciones, ya desarrollados en otras licencias para combustible de alto quemado.

Al respecto solo cabe indicar que no compete a la recurrente valorar la oferta de su competidor.

- Por otra parte, el informe de valoración indica (pág. 16) que “las mejoras metodológicas propuestas (las relacionadas con la mecánica de la fractura) pueden requerir el desarrollo de programas experimentales”. La recurrente se opone e indica que “Orano TN mantiene que no es necesario un programa experimental” (pág. 7 del documento 11.b) y, a continuación, se contradice al proponer actividades que constituyen claramente un programa experimental, como la “Ampliación de la base de datos de las propiedades de tenacidad de los revestimientos”.

Estos aspectos técnicos introducen una gran incertidumbre en cuanto al cumplimiento de los plazos del contrato para poder cargar como no dañado el combustible PWR con exfoliación, lo que motivó la valoración negativa.

- Respecto al tratamiento como no dañado del combustible BWR con CILC, la recurrente indica ahora que el método propuesto en la sección 4.3.1 de su oferta aplica tanto para los defectos de exfoliación del combustible PWR como para los defectos CILC del combustible BWR. El primer dato que subrayar es que, si bien el título de ese apartado de la oferta hace referencia a los defectos CILC su contenido se refiere al defecto de exfoliación.

Entrando a valorar su alegación, Enresa no puede más que estar en desacuerdo. El defecto CILC llegó a producir fallos de operación en el combustible BWR y no es una “muesca”, como afirma la recurrente (pág. 6 documento 11.b) sino que, en estados avanzados, produce una grieta pasante por debajo de una corrosión localizada de modo que no puede tratarse de la misma manera que el defecto “exfoliación”. También son muy diferentes las demás entradas a la metodología (propiedades y geometría del combustible, afectación y localización del defecto lo que, por cierto, requeriría de datos experimentales no cubiertos por la base existente para el combustible PWR exfoliado). Ninguna de estas consideraciones, importantes para poder aplicar una metodología desarrollada

específicamente para el combustible PWR con exfoliación a otro tipo de combustible y defecto, se tratan en la oferta.

Criterio 2.b (sobre el 3.1.2.5 del Informe de Valoración)

El anexo 8 al PCA establece claramente que “Se detallarán los aspectos ligados al diseño del sistema para soportar los escenarios base de diseño y aquellos más allá de base de diseño fijados por Enresa en el PPT y en la documentación consultable. Se describirán en la oferta los análisis que presente en soporte de su sistema en sucesos similares y cómo plantea la resolución de aquéllos no cubiertos por las licencias.

Se valorarán los análisis realizados y aprobados previamente en otras evaluaciones por el regulador correspondiente y su propuesta de aplicación a la presente licitación”.

- La recurrente reitera que el sistema propuesto, con sus licencias en EE.UU., cumple, solo por ello, lo requerido en los pliegos y en la información consultable.

Como indica el informe de valoración, la oferta no presenta una descripción detallada de los sucesos analizados en las evaluaciones consideradas de aplicación, no describe las metodologías utilizadas o los parámetros e hipótesis considerados en dichos análisis al objeto de determinar si los escenarios anormales o accidentales serían de aplicación al caso español o si habría que realizar análisis adicionales para su convalidación, análisis que la oferta si realiza para los escenarios más allá de las bases de diseño. Para los escenarios anormales o accidentales la oferta se limita a decir que el FSAR ya los incluye, sin aportar ninguna de las precisiones requeridas en el criterio de valoración, ni concretar su aplicabilidad a las centrales nucleares incluidas en el alcance del contrato.

Nuevamente, el recurso menciona la posibilidad de haber solicitado aclaraciones durante el proceso de evaluación, lo que hubiera constituido una práctica ilegal al haber permitido a la recurrente mejorar su oferta. Así mismo la recurrente aporta ahora nueva información relativa a las condiciones ambientales que debió incluir en su oferta.

- En relación con el margen sísmico, el recurso aporta información que no figura en la oferta en los siguientes aspectos:



- a. indica que “tiene como mínimo un 8% de margen frente a la ZPA de 0,6g”,*
- b. destaca que, para ciertos análisis sísmicos podría usar un análisis dinámico “utilizando la metodología de análisis descrita en CoC 1029” del FSAR,*
- c. alude al coeficiente de seguridad de 1,01 en cierto tipo de evento sísmico del FSAR y propone alternativas para su análisis.*

Todos estos datos habrían podido ser valorados de haberse incluido en la oferta con la documentación correspondiente.

Criterio 2.c (sobre el 3.1.2.6 del Informe de Valoración)

Insiste la recurrente en referirse a las aclaraciones que podían haberse solicitado, ignorando de nuevo los principios más básicos en esta materia. Alude, por otra parte, a que “En lugar de evaluar comparativamente las operaciones y equipos de cada proveedor... la evaluación otorgó puntos en función de si se brindaron detalles exhaustivos en una única presentación de propuesta”.

Esta afirmación ignora que, en aplicación del principio de igualdad de trato, las ofertas han de evaluarse de manera independiente conforme a los criterios fijados en los pliegos.

Entrando al detalle del contenido del documento 11.b en cuanto a los equipos auxiliares:

- La recurrente declara que su oferta incluye “todos los equipos específicos para el funcionamiento del sistema NUHOMS” y aporta un listado de equipos incluidos en la sección 4.7. Sin embargo, como pone de manifiesto el informe de valoración, en la Tabla 6 de la sección 4.4 de la propia oferta se mencionan una serie de equipos de las operaciones de carga que no están incluidos en

dicha sección, como son el blindaje temporal, sistema de bombeo de agua y sistema de prueba de fugas. Por otra parte, la oferta señala al introducir la sección 4.8 de auxiliares de transporte, que solo detalla “los principales equipos auxiliares”.

- Respecto al punto 2 del documento 11.b nuevamente la recurrente insiste en que se podría haber solicitado una aclaración para completar las cuestiones no incluidas en su oferta sobre el sistema por aire forzado, que se ponen de manifiesto en el informe de valoración. Nos hemos referido en varias ocasiones al respecto, por lo que nos remitimos a lo ya dicho.

- El punto 3 del documento 11.b indica que “no existe ningún requisito en el PPT de suministrar una evaluación detallada de las tensiones del revestimiento durante el secado”. No es el PPT sino en el Anexo 8 al PCA el que dice (Pág. 40): “Adicionalmente, se valorará que el sistema de secado de los elementos combustibles minimice la generación de tensiones en la vaina de éstos”. Por lo tanto, no cabe argumentar que se trata de un requisito nuevo incorporado a posteriori.

- En el punto 4 del documento 11.b alega la recurrente que se debería haber tenido en cuenta el enlace de acceso a un artículo publicado en internet sobre las diferentes técnicas de secado. El informe de valoración indica que no se explica ni se desarrolla la aplicabilidad de estas técnicas a los contenedores objeto del contrato, sin penalizarlo por ello.

- En el punto 5 la recurrente tacha de “error evidente” la valoración de la oferta cuando descarta el uso de “pedestales” o soportes del contenedor en el foso de carga.

Tal y como indica el informe de valoración la justificación aportada en la oferta para no utilizar este equipo es insuficiente. La oferta no analiza cuestiones relevantes tales como la conveniencia de que se encuentren a la misma altura la parte superior de la cápsula y los racks de combustible gastado de la piscina para evitar modificar el tarado en altura de la grúa de manejo de combustible, o la planitud del foso de carga o la alineación de la grúa con el contenedor para poder cargar correctamente los elementos de combustible.

En el documento 11.b, la recurrente incorpora justificaciones relacionadas con el sumergimiento del gancho de la grúa no mencionadas en su oferta, que ya no pueden ser tenidas en cuenta y no demuestra que se haya cometido un error al valorar o que la valoración haya sido arbitraria.



- El recurso apunta un segundo “error evidente” respecto al tratamiento de los auxiliares de transporte, que Enresa ha considerado a todas luces insuficiente como se muestra en el informe de valoración. En el punto 6 documento 11.b la recurrente indica que los limitadores de impacto forman parte el propio embalaje o contenedor de transporte y por eso justifica que no los mencione en la Sección 4.8. A este respecto cabe recordar, en primer lugar, que el anexo 1 del PCA (Pág. 11) recoge este equipamiento como parte de los equipos auxiliares de transporte.

En segundo lugar, e independientemente de que se consideren equipos auxiliares o no, se trata de un equipo esencial para el uso de contenedor en su modalidad de transporte. A ese respecto el criterio de valoración establece que “se detallarán los equipamientos auxiliares requeridos por el sistema de almacenamiento y por el sistema de transporte, indicando sus características técnicas principales, tales como: dimensiones principales, materiales y consumos. Se valorarán el número y la complejidad de los equipamientos, su facilidad de uso y mantenimiento, la facilidad de implantación en el emplazamiento.” La oferta no recoge estos detalles ni en la Sección 4.8 ni en ninguna otra parte del documento, lo que se valoró negativamente.

- En el punto 7 del documento 11.b se queja la recurrente de que el informe de valoración indica que su oferta no aclara si se suministran ciertos sistemas auxiliares de transporte. En este sentido señala la recurrente que “no es necesario el secado para el transporte de contenedores (canisters) cargados y sellados desde el almacenamiento en seco”, lo que no es coherente con el capítulo 8 de Procedimientos de Operación del SAR del TN Eagle (punto 8.1.2, paso 14) que indica que se debe evacuar la cavidad del contenedor y rellenar de Helio a cierta presión. No parece, por tanto, razonable que pueda existir humedad interior o ambiente oxidante en la cavidad entre la cápsula y el contenedor de transporte durante la operación de transporte. Por ello, el informe de valoración indica que la oferta no incluye los equipos que permitirían realizar esta operación, cuestión que se ha penalizado.

- El punto 8 del documento 11.b la recurrente indica que “no debería ser necesaria una descripción de las características técnicas” de los equipos auxiliares de transporte de

estructuras simples, argumentando que “no hay ningún requisito de servicios auxiliares de transporte en el ámbito de los documentos de licitación de Enresa”.

Ignora en este punto que el Anexo 8 del PCA, respecto a este criterio de valoración, indica que “Se detallarán los equipamientos auxiliares [...] indicando sus características técnicas principales [...]”.

Criterio 3 (sobre el 3.1.3 del Informe de Valoración)

- Respecto al diseño de las losas de almacenamiento y los muros de blindaje, la recurrente dice en el documento 11.b que “los parámetros de diseño de la plataforma que especificamos en nuestra propuesta se basan en un emplazamiento con requisitos sísmicos comparables a los de un emplazamiento de 0,6g. A estos niveles de g, los diseños de las plataformas son muy similares a los de los emplazamientos de baja sismicidad. No obstante, seguimos insistiendo que se tendría que realizar un análisis específico del emplazamiento para garantizar que tenemos un diseño completo y definitivo”.

A este respecto, cabe señalar que plantea en su oferta la misma tipología de losa para todos los emplazamientos, sin entrar a analizar de manera específica el caso del emplazamiento donde la carga sísmica es especialmente elevada. La recurrente aporta ahora un nuevo dato al decir que su diseño de losa propuesto es “comparable” al de un emplazamiento de 0,6g de ZPA, si bien más adelante en el mismo párrafo se contradice al no descartar que se requiera un análisis específico para garantizar el diseño propuesto, lo que confirma las dudas expuestas por Enresa en el informe de valoración.

Lo mismo sucede en cuanto a los muros perimetrales de blindaje dado que no justifica el uso del mismo diseño en todos los emplazamientos, incluyendo el más desfavorable.

- Respecto a la necesidad de anclaje entre módulos, la recurrente califica como “error grave” que la valoración indique que “la oferta no plantea el anclaje entre módulos de almacenamiento EOS-HSM contiguos, ni revisa la distancia entre dichos módulos para absorber los movimientos de deslizamiento y oscilación [...] lo cual se valora negativamente”. Según la recurrente, Enresa habría omitido o pasado por alto lo indicado en la sección 5.1.2 de su oferta donde se dice que “la

orientación horizontal del sistema y la disposición modular de los HSM eliminan cualquier posibilidad de vuelco”.

El informe de valoración no cuestiona la posibilidad de vuelco de los módulos EOS-HSM, lo que sí pone en cuestión es que no se especifique en la oferta la necesidad de anclajes entre módulos “para asumir el deslizamiento y la oscilación del módulo que el licitador señala en el apéndice “Exigencia de criterios de diseño sísmico de 0,6g. Aceleración de Periodo Cero (APC)”, en el que se recoge un valor medio de desviación estándar de los resultados de 12,49 pulgadas y 3,35 pulgadas para el desplazamiento de deslizamiento y de oscilación, respectivamente.

La recurrente añade ahora que “no hay necesidad de anclar los módulos” debido a su disposición horizontal, dato relevante que no está incluido en su oferta. No obstante, nuevamente vuelve a contradecirse ya que en el mismo documento 11.b menciona la posibilidad de disponer dichos anclajes (“si fuera necesario, los HSM se unirían como exige el UFSAR”, según el apartado 3.9.4.9.2), lo que viene a confirmar las dudas expuestas en el informe de valoración.

- En relación con la tipología de hormigón, el documento 11.b señala que el informe de valoración pasa por alta el uso de materiales de calidad comercial o convencional, lo que por sí solo no es dato suficiente para poder valorar la complejidad de la ejecución de la obra civil.

- Finalmente, el informe de valoración tampoco cuestiona la clasificación de seguridad de la losa de almacenamiento, ni ha penalizado al licitador por ese motivo, contrariamente a lo que parece sugerir la recurrente.

Criterio 4 (sobre el 3.1.4 del Informe de Valoración)

- El informe de valoración no cuestiona que la metodología de cálculo de términos fuente que lleva a cabo la recurrente en los SAR esté suficientemente probada y avalada por todas las licencias conseguidas ante la NRC. Sin embargo, el criterio de valoración se denomina: “Análisis de la capacidad del ATI para almacenar la totalidad del combustible gastado”. La evaluación de la capacidad para almacenar la totalidad del combustible gastado no puede

efectuarse en base a unos espectros de emisión gamma y neutrónicos para los cuales solo se aportan en la oferta datos sobre las combinaciones de quemado, enriquecimiento y tiempo de enfriamiento de los que se derivan o a los que envuelven para el combustible BWR. Se penalizó, por tanto, que la oferta no recogiera estos datos para el combustible PWR.

Como es bien sabido, un espectro de emisión y/o un calor de desintegración dado puede ser envolvente de diferentes combinaciones de quemado, enriquecimiento y tiempo de enfriamiento; de hecho, en la versión pública del propio SAR del sistema NUHOMS EOS se proporcionan numerosos espectros de emisión (ver tablas 6-10 a 6-29) para cada uno de los cuales se identifican cuatro diferentes combinaciones de quemado, enriquecimiento y tiempo de enfriamiento. Por ello, sorprende que la recurrente indique en el documento 11.b que “el Anexo 8 del PCA no exige el uso de combinaciones de grado de quemado, enriquecimiento y del tiempo de enfriamiento”, cuando su propia metodología de cálculo aprobada por la NRC sí las identifica, en aplicación de la normativa, como indica el informe de valoración.

- Con respecto a la afirmación de que “el análisis actual de tasas de dosis de los ATI no tiene la finalidad de respaldar una solicitud de licencia con un informe de análisis de seguridad” (pág. 15 documento 11.b), cabe señalar que dicho análisis sirve para justificar la carga de todo el inventario de combustible gastado, tal y como se ha señalado anteriormente, y será necesario realizar un

análisis muy similar al solicitado en el pliego en este criterio, aunque durante la ejecución del contrato se realice con un mayor grado de detalle.

- En relación con los perfiles de quemado considerados, la recurrente indica que “se utilizaron algunos parámetros del EOS SAR (...) con un impacto limitado en los resultados de la tasa de dosis”. El informe de valoración no cuestiona el uso de perfiles genéricos o del SAR, lo que sí cuestiona es el factor de forma utilizado para el combustible BWR (1,212), que difiere significativamente del proporcionado para la C.N. Cofrentes (1,436), lo que implica que las tasas de dosis neutrónicas y de gammas secundarias calculadas para

el ATI de Cofrentes están minusvaloradas más de un 18%, lo que no puede considerarse “limitado”.

- Alega la recurrente que el método general que ha utilizado en el proceso de licencia es el desarrollo de fuentes radiológicas a partir de combinaciones representativas, sin tener en cuenta que el PPT exige que se incluyan parámetros conservadores.

- Respecto a lo mencionado por la recurrente sobre los huecos entre módulos del sistema, los huecos reales en el montaje de los módulos han de ser obviamente inferiores a los máximos permitidos por diseño y que son los que se consideran en el FSAR. Por lo tanto, no puede obviarse la presencia de estos huecos teniendo en cuenta que el FSAR permite una cierta separación o cuña entre módulos en el montaje y que tienen relevancia radiológica, según indica el propio FSAR. El informe de valoración pone de manifiesto que la oferta tiene carencias al no concretar como se aplicarían los huecos recogidos en el FSAR al cálculo de tasas de dosis de los ATI propuestos.

- Finalmente, alega la recurrente que no incluyó la contribución de los reactores en las tasas de dosis de los emplazamientos y que este es un requisito ex post facto. Discrepamos de esta afirmación por lo siguiente: o La contribución de otras fuentes de radiación a la tasa de dosis en los límites del área controlada de los ATI es un requisito de la reglamentación española (IS-29) que se cita expresamente en el punto de Protección Radiológica y Blindaje del apartado 3.2.2 del PPT.

o Esta cuestión fue objeto de la siguiente pregunta durante el plazo de presentación de ofertas, que se respondió de forma pública en la PLACSP:

“...Por favor, clarifiquen cómo se tendrá en cuenta la contribución de la planta y de los efluentes con respecto al límite reglamentario de 250 μ Sv/año en el límite del emplazamiento...”

La respuesta de Enresa fue la siguiente:

“...Para la determinación de los diferentes límites de tasas de dosis, se deberán tener en cuenta las diferentes contribuciones, según apliquen en cada caso de acuerdo a la normativa, según se indica en la página 20 del documento 044-ES-IA-0050 (PPT): “Los

cálculos radiológicos necesarios para cumplir con las tasas de dosis aplicables según la normativa serán realizados por el contratista e incluirán las contribuciones de otras instalaciones presentes en el emplazamiento. Dichas contribuciones tendrán en cuenta la radiación directa y las liberaciones de efluentes”. En la documentación consultable se proporcionan los valores de efluentes y la contribución de la CN en el entorno de la zona de almacenamiento a diseñar (a criterio de cada CN, se proporciona el valor de fondo radiactivo o el de radiación directa) ...”.

La recurrente finaliza dicho párrafo, indicando que “se espera que el efecto del reactor sea mínimo después de que el reactor se apague”, lo que no es del todo correcto ya que las actividades de desmantelamiento también tienen contribuciones asociadas y en todas las centrales el ATI comenzará a operar antes de la parada de los reactores.

En suma, el licitador no puede, de manera unilateral, dejar de aplicar en su oferta requisitos de la normativa sin la correspondiente justificación, por lo que Enresa puso de manifiesto esta carencia en el informe de valoración.

Criterio 5 (sobre el 3.1.5 del Informe de Valoración)

- Alega la recurrente que su oferta detalla los procesos de fabricación del contenedor de transporte y otros componentes, contrariamente a lo que señala el informe de valoración. Sorprendentemente la recurrente afirma que “el proceso de fabricación de las cápsulas DSC, que son los contenedores de transporte” está detallado en la oferta, confundiendo de manera palmaria la cápsula con el contenedor de transporte.

- La recurrente indica que en el informe de valoración “Se duda [...] de las capacidades de los subcontratistas” y destaca que uno de ellos es actualmente subcontratista de ENSA en trabajos de alcance similar a los propuestos y que posee múltiples cualificaciones.

A este respecto, nos reiteramos en lo indicado en el informe de valoración: Enresa no pone en duda la viabilidad subcontratar la fabricación de las cápsulas DSC con Newtesol y no dice, contrariamente a lo que señala la recurrente que se propone “alegremente (...) un proveedor no cualificado”.

No es misión del evaluador suponer sino valorar el contenido de la propuesta conforme a los criterios establecidos en el Anexo 8 del PCA, entre ellos el que señala que “se valorará...su estrategia de fabricación y los medios, en fábrica o subcontratados, que se pondrán a disposición...”. El informe de valoración indica al respecto que: “La oferta señala que Newtesol dispone de recursos cualificados para ejecutar los procesos básicos de los que consta la fabricación de la cápsula DSC, pero no aporta información sobre la capacidad del taller para afrontar la producción ni se señala cómo se compatibilizará esta con su actividad habitual.”

La recurrente incorpora en su recurso información que no consta en su oferta, como que “Newtesol puede fabricar los DSC hoy y con las inversiones adicionales que tenía previstas en sus instalaciones, podría fabricar todos los DSC utilizados en España durante toda la vida de la flota”. Sin entrar ahora a valorar esta información, cabe recordar que la oferta no describe ningún plan de inversiones ni aporta evidencias sobre las capacidades de este subcontratista tan importante, que la memoria podría haber destacado.

- Por otro lado, la recurrente señala en el documento 11.b que “la comodidad declarada por Enresa de que Orano TN construya los DSC en nuestras instalaciones de los Estados Unidos...muestra que Enresa está penalizando a Orano TN por tratar de mantener el trabajo para este proyecto en España”.

La recurrente afirma haber sido penalizada por este aspecto concreto lo cual no es cierto. De hecho, el informe valora positivamente que: “Para cubrir posibles contingencias que pongan en riesgo el plan de suministro, el licitador pone a disposición sus instalaciones de fabricación en EE.UU., lo que se valora positivamente.”

- Respecto a los módulos HSM, la recurrente vuelve a utilizar el argumento de que Enresa supone que Orano TN va a subcontratar a una empresa no cualificada, en este caso PFSA y que debería haber pedido aclaraciones sobre el contenido de la propuesta, cuestión ya rebatida en otras partes del informe.

Lo que se constató en el informe de valoración es la falta de información sobre la capacidad de fabricación de este subcontratista y sobre los plazos necesarios para cualificarlos y formarlos adecuadamente. Respecto a la cualificación de los subcontratistas la propia

oferta indica (pág. B-224): “Utilizaremos un conjunto de proveedores experimentados, así como proveedores españoles recientemente cualificados” y las diferentes actividades para formarlos (pág. B-225) “Orano TN enviará expertos en fabricación desde su planta de Carolina del Norte para formar a Newtesol en la puesta en marcha de su propia línea de producción y, además, Newtesol enviará a su personal clave a nuestra planta de fabricación para aprender nuestro proceso de fabricación del DSC.” O, por ejemplo, lo dicho en la pág. B-237 “IDOM apoyará a Orano TN para garantizar que las empresas constructoras «se conviertan en nucleares», y cumplan los siguientes requisitos: [...]”, enumerando cuatro puntos de importancia.

- Respecto al contenedor de transporte la oferta únicamente indica que se fabricará en un lugar indeterminado de Francia y Bélgica, sin más información, lo que es una carencia muy relevante tal y como se indica en el informe de valoración.

Como colofón a esta respuesta de Enresa se abordan los aspectos de planificación del proyecto. La recurrente se escuda en la indefinición que existe en este momento sobre el desarrollo de los trabajos y en la limitación del número de páginas de la memoria.

Los pliegos valoran el programa del proyecto desarrollado a partir del capítulo 4 del PPT que, efectivamente, incluye los hitos principales. La recurrente indica que “aporta un cronograma de alto nivel”, que no pretende ser exhaustivo y que las carencias evidenciadas en Enresa “exceden la subjetividad admisible en esta valoración y rozan lo arbitrario”.

Discrepamos rotundamente de este argumento, ya que de acuerdo con el Anexo 8 del PCA indica que: “Se propondrá un programa de ejecución del contrato conforme a la programación general que figura en el PPT que describa la secuencia de actividades de ingeniería, licenciamiento, fabricación y suministro para cumplir las fechas de entrega tanto de documentación como de equipos y sus pruebas en fábrica. El programa incluirá una previsión de los medios necesarios en la fase de ingeniería y licenciamiento. Se valorará la consistencia del programa”. Obviamente, el licitador determina el grado de detalle que quiere dar a su oferta, pero eso no quita para que el programa deba ser completo y consistente.

La oferta de la recurrente presenta carencias, especialmente porque omite algunas actividades mencionadas en los pliegos y porque contraviene los hitos indicados en el pliego, especialmente el que se refiere al inicio de la fabricación.

El documento 11.b aporta otros argumentos sobre la planificación:

- Con respecto al punto 1, la recurrente afirma que “la suposición de que una tarea no se ha considerado, porque se ha omitido en un cronograma de alto nivel es excesivamente penalizadora”. Los criterios de valoración están perfectamente establecidos en el anexo 8 del PCA. Si no se incluye en la propuesta la información demandada en el pliego, no se puede valorar.*
- Con respecto al punto 2, el cronograma de su oferta no recoge las actividades de cualificación a las que alude en su recurso. Dice ahora que iniciaron estos procesos de cualificación antes de la presentación de la oferta tanto con Newtesol como con PFSA, información extemporánea.*
- Con respecto al punto 3, el informe de valoración en este aspecto hace referencia a que las pruebas en frío a realizar en las centrales nucleares (incluyendo las que se hagan en presencia del CSN), previa puesta en operación de los sistemas de almacenamiento y sus correspondientes auxiliares, no están incluidas en el cronograma. Efectivamente, como alega la recurrente, sí lo están las pruebas a realizar en fábrica.*
- Con respecto al punto 4, la recurrente reconoce que su oferta hizo un planteamiento de alto nivel y que no detalló explícitamente la formación, omisión que fue recogida en el informe de valoración.*
- Con respecto al punto 5, el informe de valoración indica que el cronograma no recoge la duración del proceso de licenciamiento del sistema en su modalidad de almacenamiento y en su modalidad de transporte. El documento 11.b añade ahora información al respecto que de haberse incluido en su oferta se habría tomado en consideración.*
- Finalmente, con respecto al punto 6, entre los criterios a valorar en cuanto a la planificación del proyecto (Anexo 8 al PCA) está la consistencia del programa. El informe*



de valoración se cuestiona el cumplimiento del plazo de 7 meses propuesto para presentar los estudios de seguridad de almacenamiento y transporte del sistema (hitos 61 y 65, así como Tabla 36 de la sección 7.3.6), cuando el PPT da un plazo de 18 meses.

La oferta no incluye justificación de los recursos necesarios para alcanzar este hito en el breve plazo propuesto, teniendo en cuenta la inclusión de modificaciones del sistema todavía no tramitadas y de las condiciones de los combustibles y emplazamientos propuestos, la realización de cálculos específicos y la necesaria adaptación de estos documentos a la normativa española.

Un ejemplo evidente que justifica la incertidumbre que genera la propuesta de la recurrente, es que señala en su oferta las fechas estimadas para el licenciamiento en EE.UU. de las modificaciones del sistema NUHOMS-EOS. Conforme a la tabla 3 de la oferta, la modificación 3 del sistema se obtendría durante el segundo semestre de 2022. Sin embargo, es público (página web de la NRC, Registro ADAMS, <https://adams.nrc.gov/wba/>) que la NRC ha planteado cuestiones adicionales para el licenciamiento por lo que la fecha esperada de entrada en vigor de la licencia es enero de 2023.

Por otra parte, la modificación 4 que debería haberse presentado a la NRC en diciembre de 2021, según dicha Tabla 3, no figura en el registro público de dicha agencia a fecha 18 de marzo de 2022.

Enresa no duda de la capacidad de licenciamiento de la recurrente, pero quiere subrayar que estos procesos sufren retrasos y distintas vicisitudes que alargan los plazos de licenciamiento y deben ser tomados en consideración a la hora de plantear los calendarios.

La propia recurrente se contradice ya que en el punto 5 dice que “el proceso de licenciamiento completo no está en la ruta crítica para el suministro de equipos”, mientras que en el punto 6 indica que “vio la necesidad de presentar” los estudios de seguridad “lo antes posible basándose en el licenciamiento existente, para poder iniciar las actividades de fabricación...”.

Finalmente, el documento 11.b en sus últimas páginas aporta una comparativa de textos del informe de valoración de ambas ofertas. No entendemos el sentido de este ejercicio ya

que cada una de ellas se ha valorado respecto de los criterios fijados en el pliego y que ambas ofertas cuentan con sendas declaraciones de confidencialidad.

En conclusión y tras el extenso análisis del contenido del documento 11.b y del resto de argumentos de la recurrente sobre la valoración de las ofertas en lo que hace a los criterios sujetos a juicio de valor, solo cabe indicar que no desvirtúan los términos del informe, ni prueban que la valoración se desvíe del pliego o se haya incurrido en arbitrariedad o error en la valoración de su proposición.

Una mera lectura de todo lo anterior, conduce a que este Tribunal considere que los criterios cualitativos se ajustan a lo que determinan los artículos 145.2 y 146.3 de la LCSP, si bien, ahora la UTE recurrente, achacando errores y arbitrariedades en el informe técnico de evaluación de los referidos criterios sujetos a juicios de valor, pretenda que ha de ser anulado, pues le perjudica en la puntuación de su oferta que no ha alcanzado el umbral mínimo prescrito en los pliegos.

En el mismo sentido y dado que nos movemos en un espectro propio de la discrecionalidad técnica, los juicios de valoración técnicos no pueden ser suplantados por los criterios parciales de la UTE recurrente y así este Tribunal, en la Resolución nº 515/2019 se concluía lo siguiente:

“Resulta preciso recordar la resolución del Recurso nº 74/2018 y Resolución nº 202/2018 de este Tribunal de fecha 2 de marzo de 2018. Expuesto lo anterior, 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”; en relación con lo analizado por este Tribunal en la Resolución nº 431/2019

de 25 de abril de 2019, al señalar que “En interpretación de este artículo, debemos partir de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación que nuestra doctrina ha sentado a la luz de la redacción del TRLCSP, que en esencia tenía el mismo objeto que la que nos ocupa, aplicable tanto a la definición del objeto del contrato como a la determinación de los criterios susceptibles de un juicio de valor, y que recordábamos en nuestra reciente Resolución 468/2018:

“La Jurisprudencia (por ejemplo, STS de 27 de junio de 2.012) y nuestra propia doctrina (Resoluciones 408/2015, 257/2015 y otras muchas) reconocen la discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración como instrumento técnico de integración de los elementos subjetivos de los criterios de adjudicación de las proposiciones de los licitadores que solo se puede desvirtuar por desviación de poder, arbitrariedad, ausencia de toda justificación o patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega o vulneración del procedimiento.

(...).

En esta línea, hemos puesto de relieve, en la Resolución nº 652/2014, que el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, y a la que corresponde apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato, siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP.

A la vista de lo anterior, gozando el órgano administrativo de discrecionalidad técnica para elegir los criterios que mejor se adapten a las necesidades a satisfacer, nuestra competencia sólo nos permite anular los criterios valorativos ligados a las especificaciones técnicas definitorias del objeto a suministrar si se incurre en infracción de ordenamiento jurídico, o en patente error o desviación de poder, de modo que dichas características resulten patentemente idóneas –no relacionadas con el objeto del contrato- o irrazonables y desproporcionadas.”

Por todo ello, la actuación seguida por el Comité de Compras de ENRESA, al excluir la oferta de la UTE recurrente por no alcanzar el umbral mínimo exigido en los pliegos es

conforme a Derecho, sin que la discrecionalidad técnica de las valoraciones dadas pueda ser sustituida por los juicios subjetivos y parciales sostenidos por la recurrente, máxime cuando no nos hallamos en presencia de errores ni de arbitrariedades ni defectos en la motivación de las puntuaciones dadas, en los que este Tribunal pueda sostener la anulación de un informe técnico de valoración.

Lógico corolario de las consideraciones jurídicas expuestas, es que proceda inadmitir el recurso en cuanto a la impugnación del acuerdo de 22 de noviembre de 2021, del Comité de Asistencia Técnica, por el que se estimó subsanada en tiempo y forma la deficiencia en que incurrió el otro licitador que concurre en el presente procedimiento, la UTE HOLTEC-ENSA, por tratarse de un acto de trámite no cualificado, con base en los artículos 44.2 b) y 55 c) ambos de la LCSP y desestimarlos en lo relativo al acuerdo de exclusión de la oferta presentada por la UTE recurrente, por resultar dicha exclusión ajustada a Derecho.

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. **Inadmitir** el recurso especial interpuesto por D. R.C., en representación de la UTE TN AMERICAS LLC - ORANO TN ESPAÑA, S.L., contra el Acuerdo de 22 de noviembre de 2021, del Comité de Asistencia Técnica, por el que se estimó subsanada en tiempo y forma la deficiencia en que incurrió el otro licitador que concurre en el presente procedimiento, la UTE HOLTEC- ENSA referido a la prestación de la garantía provisional y **desestimar** el recurso contra el Acuerdo de 21 de febrero de 2022, del Comité de Asistencia Técnica, por el que se procedió a aprobar el informe de valoración de criterios basados en juicios de valor; y con base en el mismo se acordó la exclusión del procedimiento de licitación de este licitador, por la obtención de una puntuación inferior al umbral mínimo; ambos acuerdos dictados en el seno del procedimiento de licitación para el *“Diseño, apoyo al licenciamiento, fabricación y suministro de un sistema de almacenamiento y transporte del combustible nuclear gastado de las CCNN de Ascó, Almaraz, Cofrentes y Vandellós II”*, Expediente CO-IA-21-003.

Segundo. Levantar la suspensión decretada mediante Resolución de 23 de marzo de 2022 de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.



Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

Esta Resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de 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, f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.