EB 2021/040

Resolución 078/2021, de 11 de mayo, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con la reclamación interpuesta por la empresa GEA WESTFALIA SEPARATOR IBÉRICA, S.A. contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato de "Suministro, instalación y mantenimiento de tres decantadores centrífugos para la deshidratación del lodo digerido de la EDAR de Loiola", tramitado por Aguas del Añarbe-Añarbeko Urak, S.A.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 4 de marzo de 2021 se presentó en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) la reclamación interpuesta por la empresa GEA WESTFALIA SEPARATOR IBÉRICA, S.A. (en adelante, GEA) contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato de "Suministro, instalación y mantenimiento de tres decantadores centrífugos para la deshidratación del lodo digerido de la EDAR de Loiola", tramitado por Aguas del Añarbe-Añarbeko Urak, S.A.

SEGUNDO: El mismo día 4 se remitió la reclamación al poder adjudicador y se le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió entre los días 8 y 16 de marzo.

Nahi izanez gero, J0D0Z-T2RRE-QDWX bilagailua erabilita, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektroniko honetan: https://euskadi.eus/lokalizatzailea

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T2RRE-QDWX en la sede electronica https://euskadi.eus/localizador

TERCERO: Mediante la Resolución B-BN 7/2021, de 9 de marzo de la Titular del OARC/KEAO, se acordó suspender de forma cautelar el procedimiento de adjudicación.

CUARTO: Trasladada la reclamación a los interesados con fecha 10 de marzo se han recibido alegaciones de ALFA LAVAL IBERIA S.A. (en adelante, ALFA) con fecha de 17 del mismo mes.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PREVIO. - Legislación aplicable.

Dada la actividad a la que se vincula la licitación y la naturaleza y el valor estimado del contrato recurrido, debe tramitarse la impugnación conforme a lo dispuesto en el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales.

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la reclamante, por ser una empresa licitadora y la representación de don R.M.B.F, que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo de la reclamación

Nos hallamos ante un procedimiento de adjudicación de un contrato de suministro instado por una entidad adjudicadora que opera en el ámbito de la actividad de la evacuación o tratamiento de aguas residuales, conforme al artículo 8.1.b) del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero. En lo referente al

valor estimado del contrato, se trata de un contrato de suministro con un valor estimado superior a 428.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 119.2. b) del Real Decreto-ley 3/2020 de 4 de febrero señala que podrán ser objeto de reclamación en materia de contratación: «Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de licitación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la entidad contratante por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 69.»

La parte reclamante impugna el acuerdo de exclusión de su oferta.

CUARTO: Interposición de la reclamación en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 121 del Real Decreto ley 3/2020 de 4 febrero en relación con el artículo 50.1 de la LCSP, la reclamación ha sido interpuesta en tiempo y forma.

QUINTO: **Régimen jurídico del poder adjudicador**

En cuanto al régimen jurídico aplicable, Aguas del Añarbe-Añarbeko Urak, S.A. es una entidad que no es administración pública a los efectos de la LCSP y que en el régimen de invalidez y reclamación del contrato impugnado se rige por lo dispuesto en el Real Decreto ley 3/2020 de 4 febrero.

SEXTO: Motivos de la reclamación

La reclamación se basa en los argumentos que a continuación se resumen:

a) Entiende la reclamante que la exclusión de tres de las cuatro licitadoras por incluir el plazo de entrega (criterio automático) en el sobre 2 (criterios sujetos a juicio de valor) se ha debido a la exigencia de incluir en el mismo una memoria descriptiva del suministro, la cual tiene un desarrollo sucesivo y cronológico, es decir, un contenido temporal. En este sentido, considera la reclamante que los pliegos incurren en contradicciones y ambigüedades, ya que, por un lado, relegan el plazo de entrega al sobre 3, pero el sobre 2 exige, a su vez, una mención del proceso, sus fases y, en consecuencia, el plazo de entrega.

b) La confusión generada es producto de la redacción de un nuevo PCAP en el que la única novedad respecto al que regía la anterior licitación cancelada por el OARC/KEAO es que ahora el plazo de entrega es un criterio de adjudicación sujeto a fórmula, mientras que en el anterior pliego el plazo debía estar en la memoria que se incluía en el sobre de criterios a valorar de forma subjetiva. Además, la advertencia de la cláusula 13.3 del PCAP sobre que cualquier indicación de un "aspecto económico" en el sobre 2 implicaba la exclusión de la oferta no abarca al plazo de entrega, pues este no es un criterio económico sino cualitativo, aunque se valore por una fórmula.

c) Finalmente, se solicita la nulidad de la licitación por existir cláusulas arbitrarias, oscuras y contradictorias en el PCAP y su carátula, lo cual vulnera los principios de transparencia e igualdad; subsidiariamente se acuerde la retroacción de las actuaciones para que las empresas excluidas vuelvan a ser admitidas a la licitación

SÉPTIMO: Alegaciones de ALFA

La mercantil impugnada se opone a la estimación de la reclamación por los siguientes argumentos:

a) Si se hace una lectura comprensiva del punto 13.3 y el punto 12.2 de la carátula del PCAP se llega a la inevitable conclusión de que el plazo de entrega no debe ser incluido en la memoria técnica y, por ende, en el sobre 2. En este

sentido, la actuación de la reclamante ha supuesto el desvelo anticipado de información de los aspectos sujetos a valoración automática lo cual supone la exclusión de la licitación

b) No es difícil eludir el plazo de entrega de la descripción exhaustiva del procedimiento para el suministro, instalación y puesta en marcha de los equipos como lo demuestra la proposición de ALFA, indicando en la memoria técnica que el plazo de entrega se detalla en el sobre 3 o haciendo una referencia genérica de que se cumpliría con el máximo establecido en el PPT.

c) La alegación de la reclamante de que el poder adjudicador ha causado confusión al haber modificado un determinado aspecto en los presentes pliegos respecto de los de la licitación anterior carece de todo fundamento, por cuanto ha de estarse a la hora de formular la proposición a los del presente expediente.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

Aguas del Añarbe-Añarbeko Urak, S.A. se opone a la estimación de la reclamación, en síntesis, con los siguientes argumentos:

a) Las constantes referencias realizadas por la reclamante a los pliegos de la anterior licitación (a la cual no se presentó) que fue cancelada por este Órgano resolutivo carecen de fundamento, pues los únicos a tener en cuenta a la hora de presentar la oferta son los del presente expediente al haber quedado sin efecto aquéllos. Asimismo, no tiene fundamento jurídico alguno la acusación de arbitrariedad formulada por GEA, ya que la configuración del plazo de entrega como criterio de adjudicación se encuentra amparada por la potestad discrecional que asiste al poder adjudicador.

b) Lo cierto es que la reclamante ha incluido documentación relativa a criterios sujetos a evaluación mediante fórmulas en el sobre 2 el cual valora los criterios mediante juicios de valor, y ello no se deriva de la pretendida

ambigüedad o contradicción de los pliegos sino de su negligencia a la hora de formular la oferta.

c) Lo anteriormente expuesto determina que se ha producido la vulneración del principio de secreto de las ofertas, de forma que se conocen datos relativos a los criterios automáticos de una forma anticipada, lo cual puede suponer una influencia a la hora de valorar los criterios sujetos a juicio de valor. En este sentido, la consecuencia del licitador que adelanta dicha información es la exclusión de la licitación.

d) No cabe apreciar la nulidad de los pliegos que reclama GEA por contradictorios o ambiguos, por cuanto que en ningún momento fueron impugnados y la reclamante presentó su oferta aceptando incondicionalmente el contenido íntegro de los mismos.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis de la reclamación debe partir de lo establecido en los pliegos que rigen la licitación, que por no haber sido impugnados en tiempo y forma vinculan a la entidad adjudicadora y a los participantes en el procedimiento de adjudicación:

CARATULA DEL PCAP

12.2 CONTENIDO DE LOS SOBRES

Sobre 3. "DOCUMENTACIÓN RELATIVA A CRITERIOS EVALUABLES MEDÍANTE LA UTILIZACIÓN DE FÓRMULAS"

La proposición relativa a criterios evaluables mediante la utilización de fórmulas se presentará conforme al modelo adjunto al Pliego de Condiciones Administrativas Particulares como Anexo V.

En concreto, la proposición deberá incluir los siguientes conceptos:

En el sobre n° 3 los licitadores deberán presentar una propuesta económica cumplimentada con arreglo al Anejo V del PCAP; incluyendo dicha propuesta los conceptos siguientes:

- El precio ofertado correspondiente al suministro: euros
- Plazo propuesto para la entrega de los equipos semanas

13. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

Los criterios de adjudicación, indicados con su ponderación correspondiente, serán los siguientes:

(…)

Criterios económicos: hasta un máximo de 70 puntos.

(…)

Plazo de entrega de los equipos: hasta 25 puntos

Se valorará la reducción del plazo de entrega del suministro con un máximo de 25 puntos. La mayor reducción de plazo será valorada con el máximo de puntuación, 25 puntos, y el resto de las ofertas serán valoradas de forma proporcional. La oferta correspondiente con el plazo de 20 semanas establecido en esta carátula será valorada con 0 puntos.

PCAP

13.3 CONTENIDO DE LOS SOBRES

Sobre 2. "DOCUMENTACIÓN RELATIVA A CRITERIOS CUYA CUANTIFICACION DEPENDA DE UN JUICIO DE VALOR."

Los licitadores deberán presentar en este sobre la documentación que se indica en el punto 12.2 de la Carátula.

El licitador deberá observar especial cuidado a la hora de confeccionar la documentación a incluir en este Sobre, ajustándose a las indicaciones dictadas respecto a contenido. Igualmente, no se podrán hacer referencias que puedan orientar o dar a conocer aspectos económicos de la oferta.

Las ofertas que contravengan estos principios serán desestimadas y excluidas del procedimiento.

PPT

5. Alcance de suministro

(…)

Plazo de entrega

El plazo máximo de suministro, instalación, puesta en marcha y pruebas de los equipos será como máximo de veintitrés (23) semanas, a partir de la fecha de formalización del contrato, distinguiéndose dos plazos máximos:

- Veinte semanas para la entrega de los equipos, desde la fecha de la formalización del contrato.
- Tres semanas para la instalación, puesta en servicio y verificación del cumplimiento de los requisitos analíticos detallados en este pliego, desde la entrega de los equipos.

La exclusión impugnada se basa en que la reclamante ha incluido en el Sobre nº 2 información que anticipa un contenido relativo a un criterio de adjudicación sujeto a evaluación mediante fórmula, infringiendo la cláusula 13.3 del PCAP.

a) Sobre la exclusión de la reclamante por infringir la valoración separada de los criterios de adjudicación

Sobre esta cuestión se expondrá en primer lugar la doctrina general de este Órgano para después contrastarla con el caso concreto.

a 1) Doctrina general sobre la finalidad de la valoración separada y el alcance de su infracción

El OARC / KEAO sostiene (ver, por todas, su Resolución 197/2019) que la finalidad de la evaluación separada y sucesiva de ambos tipos de criterio es evitar que el conocimiento de los aspectos de la oferta evaluables mediante fórmulas condicione los juicios de valor que necesariamente habrán de emitirse para aplicar los criterios de adjudicación no sujetos a la aplicación de fórmulas. Es decir, se busca la objetividad en el juicio de valor, que podría verse comprometida si quien tiene que configurarlo conoce total o parcialmente el resultado de la evaluación de los criterios automáticos, pues en ese caso podría darse una valoración que, conscientemente o no, compensara las puntuaciones resultantes de dicha evaluación en favor o perjuicio de alguna empresa. El sistema anula también el denominado «efecto halo» en la atribución de puntuaciones al separar radicalmente la valoración de cada tipo de criterio, impidiendo, por ejemplo, que quien efectúa el informe técnico tienda a sobrevalorar la calidad de una oferta que objetivamente no merece una alta puntuación en este apartado porque sabe que también es la más barata. La sanción al licitador que infringe esta regla de presentación, de modo que posibilita el conocimiento prematuro de un aspecto evaluable mediante fórmula en perjuicio de una aplicación objetiva y no discriminatoria de los criterios de adjudicación, es la exclusión de la oferta, sin que quepa que el órgano de contratación gradúe dicha consecuencia en atención a la buena fe del operador y sin que sea necesario probar la existencia de un daño efectivo a dicha objetividad (ver, en este sentido la Resolución 43/2019 del OARC/KEAO). No obstante, la infracción no puede ser meramente formal, sino material, de modo que sea apta o suficiente

para comprometer la objetividad de la evaluación de las ofertas por dar a conocer datos que anticipan el resultado de la aplicación de los criterios sujetos a fórmula (ver, por ejemplo, la Resolución 157/2018 del OARC / KEAO). Siguiendo este criterio, este OARC/KEAO ha considerado que no infringía el secreto de la oferta la información que era de conocimiento directo por el órgano de contratación (ver, en este sentido la Resolución 68/2018) o que tiene una conexión lejana con el criterio de adjudicación de evaluación automática (ver, en este sentido las Resoluciones 100/2013 y 32/2018) o la información que es dispersa, parcial y genérica (ver la Resolución 125/2019) o cuando la información aportada es irrelevante (ver la Resolución 157/2018). Asimismo, se ha establecido que no procede la exclusión del licitador si la infracción ha sido provocada o inducida por una redacción oscura de la documentación contractual contraria al principio de transparencia (ver la Resolución 124/2019), que es precisamente la alegación de la reclamante.

Debe señalarse que la valoración separada no figura en el Real Decreto Ley 3/2020, norma aplicable al contrato, pero sí figura en los pliegos que rigen el procedimiento.

> a 2) Sobre la inclusión de un dato relativo a un criterio de adjudicación evaluable mediante fórmula en el Sobre nº 2 correspondiente a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor.

El núcleo del debate suscitado por la reclamación es si la oferta de GEA fue correctamente excluida por incluir en el sobre referido a los criterios discrecionales información propia de los criterios evaluables mediante fórmulas. La reclamante no niega la inserción errónea de documentación; a partir de ahí, quien tenga que aplicar los criterios discrecionales ya conoce un dato que anticipa el contenido de la propuesta relativa a los criterios automáticos, quedando así comprometida la objetividad de la valoración que el sistema de evaluación separada pretende preservar. La infracción es, por su propia naturaleza, insubsanable, pues no se refiere a un extremo dudoso de la

proposición precisado de aclaración, sino al conocimiento de su contenido en un momento procesal anterior al legalmente establecido. No obstante, la reclamante alega que la confusión ha sido provocada porque los anteriores pliegos no incluían el plazo de entrega como criterio automático y el mismo debía incluirse dentro de la memoria técnica, esto es, en el sobre 2, y por la ambigüedad de los pliegos, que parecen inducir a que dicha información deba constar en el sobre 2, lo que se analiza en el siguiente epígrafe.

a 3) Sobre la ambigüedad u oscuridad de los pliegos y su relación con la infracción

A la vista de los argumentos citados anteriormente, este Órgano considera lo siguiente:

1) La alegación, relativa a la confusión generada por un cambio en los pliegos del actual expediente respecto de otro anterior debe desestimarse, pues es constante doctrina de este Órgano (ver, en este sentido la Resolución 158/2020) que la discrecionalidad del poder adjudicador para configurar el contrato no está limitada por lo establecido en anteriores licitaciones con el mismo objeto. Por otro lado, difícilmente puede la reclamante ampararse en las diferencias con la anterior licitación cuando no presentó oferta en ella. Finalmente, este OARC/KEAO considera que la justificación dada por el poder adjudicador en el informe de contestación a la reclamación sobre porqué ha decidido valorar de forma autónoma el plazo de entrega es perfectamente lícita, pues se debe a la demora en la adjudicación motivada por la cancelación de la licitación anterior del mismo contrato, lo que descarta que la configuración del criterio de adjudicación responda a alguna finalidad ilegítima, como provocar deliberadamente la confusión en los licitadores.

2) Debe descartarse también la alegación de que la redacción de los pliegos haya sido la causante de que se haya incluido el dato relativo al plazo de entrega física (14 semanas) de las tres centrífugas en el EDAR de Loiola, tanto en el Sobre nº 2 como en el Sobre nº 3. Es cierto que el pliego exige que en la Memoria Técnica se incluya una descripción exhaustiva del procedimiento para el suministro, instalación y puesta en marcha de los equipos a suministrar como criterio sujeto a juicio de valor, por tanto, información a introducir en el Sobre nº 2, pero, a juicio de este Órgano, de dicho requerimiento no cabe deducir necesariamente que deba incluirse el dato del plazo de entrega de los equipos, pues cabe hacer la mención de que dicho dato se ha incluido en el sobre 3 para su valoración como criterio automático o de que el plazo de entrega cumple con el plazo máximo exigido por el pliego, dado que este aspecto no va a ser valorado como un criterio sujeto a juicio de valor.

3) Este Órgano considera que, de la lectura integradora y atenta de la totalidad de los pliegos (punto 12.2 de la carátula y la cláusula 13 del PCAP, anteriormente transcritas), y sin que sean precisos instrumentos hermenéuticos complejos, se desprende con claridad que el plazo de entrega es un dato que debe cumplimentarse conforme al Anejo V del PCAP e incluirse únicamente en el sobre nº 3. En este sentido, la cláusula 13 del PCAP establece expresamente que el licitador deberá observar especial cuidado a la hora de confeccionar la documentación a incluir en este sobre…Igualmente no se podrán hacer referencias que puedan orientar o dar a conocer aspectos económicos de la oferta… y que las ofertas que contravengan estos principios serán desestimadas y excluidas del procedimiento. No puede aceptarse la alegación de la reclamante sobre que el pliego a la hora de establecer como motivo de rechazo de las proposiciones se refiere a los aspectos económicos que se incluyan en el sobre 2 cuando el plazo es un concepto más cualitativo que económico, por cuanto que, en el presente caso, el dato del plazo de entrega se configura como un concepto a incluir en la propuesta económica al igual que el precio, por lo que, sin hacer excesivas disquisiciones lingüísticas o semánticas, cabe inferir

que su conocimiento anticipado se encuentra expresamente sancionado con la exclusión por ser una parte de la proposición económica. Esta consecuencia pudo ser fácilmente evitada a través de una lectura detenida de los pliegos o mediante la oportuna consulta ante el poder adjudicador que la reclamante no efectuó y, por lo tanto, no puede obtener el amparo que el principio de transparencia concede al licitador diligente (ver, por ejemplo, la Resolución 123/2019 del OARC / KEAO).

4) Conviene recordar que la jurisprudencia del TJUE establece que la correcta presentación de la proposición incumbe única y exclusivamente al licitador, único responsable de la confección negligente de su oferta (ver, por todas, la Resolución 184/2018 del OARC / KEAO y la STJUE de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191, apartado 38) y del que se presupone que es un operador razonablemente informado y normalmente diligente al ser una empresa dotada de la suficiente solvencia técnica como para licitar al presente contrato.

b) Sobre el recurso indirecto

La reclamante plantea un “recurso indirecto” contra los pliegos por considerar algunas de sus cláusulas ambiguas por contradictorias y susceptibles de diversas interpretaciones. El análisis de esta cuestión comenzará por la exposición de la doctrina general de este Órgano sobre el alcance y límites de dicha figura para, a continuación, analizar su concurrencia.

b 1) Doctrina general

De las resoluciones de este Órgano se deduce la siguiente doctrina (ver, por ejemplo, la Resolución 85/2020, así como las sentencias del Tribunal Supremo de 22/3/2021, ECLI:ES:TS:2021:1196 (que confirma la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 15/5/2019, ECLI:ES:TSJPV:2019:1674,

y la Resolución 139/2017 del OARC / KEAO) y de 24/3/2021, ECLI:ESTS:2021:1199:

1) La regla general es que los pliegos, que son susceptibles de una impugnación autónoma, pasan a ser firmes e inatacables por la vía del recurso especial o la reclamación una vez que no se han interpuesto en el plazo previsto para ello, de modo que sus prescripciones pasan a regir la licitación vinculando a los participantes en ella y al poder adjudicador, que no pueden desconocerlos. Esta doctrina, tradicional en nuestro Ordenamiento, ha sido confirmada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (ver el apartado 51 de la sentencia «eVigilo», asunto C-538/13, EU:C:2015:166, de 12 de marzo de 2015, y todas las anteriores que en él se citan), que considera necesario, para garantizar la seguridad jurídica y el efecto útil de la Directiva 89/665, de recursos en materia de contratos públicos, la existencia de plazos de interposición preclusivos que impidan que los interesados puedan entorpecer o dilatar indebidamente los procedimientos de adjudicación alegando en cualquier momento vicios de legalidad de actuaciones anteriores, obligando así al poder adjudicador a iniciar de nuevo todo el procedimiento para corregir dichas infracciones.

2) La citada regla general admite dos excepciones:

   - El TJUE parte de la idea de que la eficacia de los recursos previstos en la Directiva 89/665 solo puede alcanzarse si los plazos para interponerlos se inician desde la fecha en que el demandante tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la infracción. Es por ello que las irregularidades de las bases de la licitación cuyo alcance perjudicial para el interesado únicamente se manifiesta con posterioridad, cuando el órgano de contratación explica los motivos de la adjudicación o la exclusión, pueden recurrirse aquéllas en el plazo previsto para impugnar dichos actos; ese es, por ejemplo, el caso de los criterios de adjudicación de un contrato que sean

incomprensibles o faltos de claridad para un licitador razonablemente diligente e informado (ver la citada sentencia «eVigilo», en especial los apartados 27 y 48 a 58). El núcleo de la figura, tal y como la ha delimitado la jurisprudencia del TJUE, radica en proteger a los licitadores del daño que les causa un acto del poder adjudicador (como la exclusión del interesado o la adjudicación a otro operador económico) que está amparado por una regla de los pliegos que no fue objeto de recurso en el momento procesal oportuno y cuyo carácter perjudicial no pudo ser racionalmente percibido en dicho momento por un licitador normalmente diligente. Se trata de un remedio de la insuficiencia del plazo preclusivo para garantizar la protección efectiva de los intereses de las empresas. Consecuentemente, la admisibilidad del recurso indirecto exige, como fundamento previo, un acto del procedimiento perjudicial para el recurrente y una cláusula de la documentación contractual que lo ampare, que es precisamente la que se recurre por vía indirecta.

- La jurisprudencia del Tribunal Supremo citada más arriba admite también el recurso indirecto para la impugnación de cláusulas de los pliegos afectadas de vicios que conlleven nulidad de pleno derecho (artículo 47.1 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común).

3) En cualquier caso, debe probarse la concurrencia de las causas que facultan el recurso indirecto, que deben apreciarse de forma excepcional y restrictiva (ver las sentencias del Tribunal Supremo citadas).

b 2) Sobre la admisibilidad del recurso indirecto en el caso analizado

Trasladada esta doctrina a los criterios de adjudicación denunciados, este OARC / KEAO considera que la redacción de dichas cláusulas no resulta oscura o ambigua como se ha explicado en la letra a 3) de este Fundamento Jurídico, por lo que no oculta un vicio de invalidez cuyo carácter perjudicial solo

haya podido percibirse con ocasión del acto de adjudicación. Por el contrario, el propio poder adjudicador se ha preocupado de señalar expresamente que los licitadores debían tener especial cuidado de no incluir aspectos de la proposición económica (entre la que se incluye el plazo de entrega, como se ha dicho) en el sobre 2. Por otra parte, no resulta propio de un operador económico razonablemente informado y normalmente diligente que ofrece sus servicios en el ámbito del objeto del contrato impugnado el plantear en la fase de adjudicación del contrato la ambigüedad de los pliegos por contradicción entre sus cláusulas, así como la alteración puntual de determinadas cláusulas respecto de las anteriores cuando, además de lo dicho anteriormente, por un lado, la reclamante no solicitó en su momento una aclaración al respecto y, por otro, no participó en la anterior licitación. Tampoco observa este Órgano (ni la reclamante prueba) ningún vicio de nulidad de pleno derecho; en particular, debe señalarse que la presunta infracción del principio de igualdad de trato y no discriminación (artículos 1.1 y 132.1 de la LCSP) no es equivalente a la infracción del artículo 14 de la Constitución, que cualifica la causa de nulidad del artículo 47.1 a) de la Ley 39/2015 (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 15/5/2019, citada más arriba). Consecuentemente, este argumento impugnatorio debe desestimarse.

c) Conclusión

Como consecuencia de lo anteriormente manifestado, procede desestimar la reclamación interpuesta.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Desestimar la reclamación interpuesta por la empresa GEA WESTFALIA SEPARATOR IBÉRICA, S.A. contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato de "Suministro, instalación y mantenimiento de tres decantadores centrífugos para la deshidratación del lodo digerido de la EDAR de Loiola", tramitado por Aguas del Añarbe-Añarbeko Urak, S.A.

SEGUNDO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

TERCERO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP, levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTA: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2021eko maiatzaren 11

Vitoria-Gasteiz, 11 de mayo de 2021