

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA
SALA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA
SECCIÓ CINQUENA

Recurs núm. 28/2013

SENTÈNCIA Núm. 389/2015

Il·lms. Srs.:

President

Sr. Alberto Andrés Pereira

Magistrats

Sr. José Manuel de Soler Bigas

Sra. Ana Rubira Moreno

Sr. Eduard Paricio Rallo

A la Ciutat de Barcelona, 22 de juny de 2015

LA SALA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA (SECCIÓ CINQUENA) ha pronunciat la següent **SENTÈNCIA** en el recurs contenciós administratiu núm. 28/2013, interposat per **ACCIONA AGUA, S.A. i ATLL CONCESSIONÀRIA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, S.A.**, representades pel procurador Sr. ANGEL JOANQUET TAMBURINI i dirigides pel lletrat Sr. JOSE LUIS VILLAR EZCURRA, contra la **SOCIEDAD GENERAL DE AGUAS DE BARCELONA, S.A.**, representada pel procurador Sr. IGNACIO LÓPEZ CHOCARRO i dirigida pel lletrat Sr. SANTIAGO MUÑOZ MACHADO.

Ha estat ponent el **Magistrat Sr. Eduard Paricio Rallo**, que expressa el parer de la Sala.

ANTECEDENTS

PRIMER.- En data 18 de gener de 2013 la representació d'ACCIONA AGUA, S.A. i ATLL CONCESSIONÀRIA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, S.A. va presentar en la secretaria d'aquesta Sala escrit d'interposició del present recurs, adreçat contra la resolució 1/2013, de 2 de gener de 2013 de l' Òrgan Administratiu de Recursos Contractuals de Catalunya, que resol el recurs especial en matèria de contractació formulat per la Societat General d'Aigües de Barcelona S.A., contra la resolució d'adjudicació del contracte de gestió del servei d'abastament d'aigua en alta Ter-Llobregat del Departament de Territori i Sostenibilitat.

SEGON.- En data 29 de novembre de 2013 les actores van presentar escrit de demanda mitjançant el qual van demanar sentència que anul·li la resolució impugnada i que confirmi l'adjudicació del contracte de gestió del servei d'abastament Ter-Llobregat de data 6 de novembre de 2012, amb imposició de les costes a la demandada.

Hom fonamenta el recurs en els següents motius:

A/ El programa d'obres s'integra al projecte d'explotació inclòs a l'annex 9 del plec de clàusules administratives, projecte que té un caràcter merament orientatiu o indicatiu, o en tot cas no contractual, de forma que l'únic límit en l'execució de les obres és el fet que hauran de quedar enllestides dins el termini general de 10 anys;

B/ El plec de clàusules administratives no és susceptible de condicionar el termini de les obres, doncs això suposaria envair la competència de l'Agència Catalana de l'Aigua sobre obres hidràuliques;

C/ La infracció dels principis d'igualtat i no discriminació des del moment que l'annex 9 no era obligatori i l'oferta més avantatjosa ha estat la de l'actora;

D/ El fet que les modificacions ofertes per l'actora en el programa d'obres no constitueixen una variant o millora del servei;

E/ Els principis de bona fe, confiança legítima i seguretat jurídica.

TERCER.- Per la seva part, la representació de la societat demandada va formular contestació a la demanda en què, d'acord amb els fets i fonaments al·legats, va demanar la desestimació d'aquest recurs i la confirmació de la resolució núm. 1/2013 de l'Organisme Administratiu de Recursos Contractuals que ha estat impugnada.

QUART.- Atesa la naturalesa de les qüestions plantejades a la contestació a la demanda i per tal d'evitar la indefensió de l'actora, se li va atorgar un tràmit per complementar l'escrit de demanda, el que va fer mitjançant escrit en el que va demanar la inadmissió a tràmit de les al·legacions de la demandada referides a l'ordre i seqüència de les obres, la impugnació de la revisió de la tarifa que és objecte del recurs núm. 808/2013, la nova impugnació de la resolució d'adjudicació i totes les qüestions noves formulades pel que fa a la vulneració dels principis de transparència i igualtat de tracte, excés en la puntuació i

inconsistència o inviabilitat econòmica de l'oferta adjudicatària.

Les actores van formular en aquest sentit les següents al·legacions:

A/ El programa d'obres proposat per l'actora respecta l'ordre i seqüència inicialment previst en allò que afecta a les actuacions interrelacionades, que és al que es refereix aquest requeriment, encara que no es pot entendre que hi hagi un ordre i seqüència obligats doncs la planificació de les obres és totalment indicativa;

B/ En tot cas l'ordre d'execució de les actuacions no incideix en la tarifa doncs la licitació pren en consideració la tarifa mitja oferta per al primer any;

C/ El fet que les al·legacions sobre l'oferta tècnica no poden tenir repercussió en el resultat de la licitació atesa la diferència obtinguda per l'actora en l'oferta econòmica, essent així que la puntuació en aquest darrer aspecte és automàtica i indiscutible;

D/ La inviabilitat de l'oferta només pot ser causa d'exclusió en cas que aquella sigui reconeguda pel mateix licitador d'acord amb allò que disposa l'article 84 del reglament de contractes;

E/ L'oferta d'ACCIONA no incompleix els requeriments referits als riscos de morositat, d'execució d'obres, de disponibilitat o de demanda, ni és contradictòria respecte els recursos aliens, ni infravalora la previsió de costos, en el ben entès que el resultat durant el primer any de concessió avala la viabilitat econòmica de l'oferta.

CINQUÈ.- Mitjançant resolució de data 11 de febrer de 2014 es va fixar la quantia d'aquest procés com indeterminada. Acte seguit, es va admetre i practicar la prova proposada per les actores i la demandada amb el resultat que consta als actes.

Posteriorment, les parts van formular conclusions tot ratificant llurs respectives pretensions.

Finalment, es va assenyalar dia i hora per a la votació i resolució, diligència que va tenir lloc en la data fixada.

FONAMENTS DE DRET

PRIMER.- La representació de les societats recurrents planteja la inadmissió parcial de les al·legacions de la demandada referides a l'ordre i seqüència de les obres, la impugnació de la revisió de la tarifa que és objecte del recurs núm. 808/2013, la nova impugnació de la resolució d'adjudicació i totes les qüestions noves formulades pel que fa a la vulneració dels principis de transparència i igualtat de tracte, excés en la puntuació i inconsistència o inviabilitat econòmica de l'oferta adjudicatària.

Aquesta inadmissibilitat ja va ser desestimada mitjançant interlocutòria de 16 de maig de 2014, tot considerant que la demandada limita la seva pretensió a la desestimació del recurs, a la confirmació de l'acte impugnat i específicament la declaració que aquest acte inclou pel que fa a la nul·litat de l'adjudicació del contracte. Una pretensió perfectament coherent amb la seva posició processal de demandada.

Certament SGAB planteja en aquest procés alguns motius de nul·litat de la resolució d'adjudicació que van més enllà dels considerats per la resolució de l'OARCC impugnada, però no deixen de ser motius de defensa d'aquesta darrera resolució.

Cal recordar que l'objecte del procés no és l'acte administratiu; l'acte impugnat sols és un requeriment de l'acció. L'objecte del recurs és la pretensió que hom formula, així ho disposa l'article 1 de la Llei jurisdiccional. En el camp de les pretensions, la demandada queda limitada a la defensa de la resolució impugnada, però això no exclou que pugui aportar els motius que consideri oportuns. En aquest sentit, l'article 33 de la Llei jurisdiccional constreny la sentència a les pretensions i els motius al·legats per l'actora però també els que fonamentin l'oposició, de forma que l'actora no té el monopoli del debat processal ni pot limitar els motius. En la mateixa direcció, l'article 56 atribueix a les parts una llibertat d'aportació de motius més enllà dels que haguessin estat plantejats en via administrativa, una llibertat que es formula tant a favor de l'actora com a favor de la demandada.

Però és que en el cas que ens ocupa els motius aportats per la demandada no són nous sinó que es van formular ja en via administrativa. Una altra cosa és que la resolució impugnada no els abordés, però aquesta circumstància no és imputable a la demandada, ni s'ha de veure perjudicada.

Hem de reiterar ara l'anterior argumentació, remarcant alhora que la mecànica del recurs especial en matèria de contractació pot generar situacions atípiques en el subsegüent procés jurisdiccional quan, com succeeix en aquest cas, un dels licitadors planteja el recurs en base a diversos arguments i l'òrgan administratiu de recursos estima el recurs encara que prenent en consideració només algun dels motius. En aquest cas la recurrent en via administrativa es veu abocada a la posició de demandada en el recurs jurisdiccional, única demandada doncs l'Administració adopta també la posició de recurrent. En aquesta situació cal que la demandada pugui aportar al debat processal altres motius addicionals que puguin fonamentar al seu criteri el sentit de la decisió de l'òrgan administratiu de recursos, doncs es podria trobar que el Tribunal desautoritzés la resolució de l'òrgan administratiu sense considerar els altres motius que legítimament va formular en via administrativa. Més encara si resulta que en formular el recurs administratiu la demandada actuava amb un important handicap en haver-se declarat la confidencialitat d'una informació tan transcendent com ara el guix de l'oferta que va resultar adjudicatària.

Així doncs, per tal d'evitar una situació d'indefensió de la demandada, se li ha d'admetre que porti al debat processal els motius addicionals que consideri oportuns per a la defensa de la resolució impugnada.

Vist des de la perspectiva de l'actora, hauria de tenir present en el moment de

formular la demanda no sols els motius considerats per l'òrgan administratiu sinó també els motius que es van debatre a la via administrativa. Tanmateix, i per evitar una situació d'indefensió, en aquest cas de l'actora, se li va atorgar un tràmit d'al·legacions a la contestació a la demanda, amb la possibilitat d'aportar així mateix la prova addicional que considerés oportuna.

En conclusió, la llibertat argumental que cal acceptar a la demandada ha quedat en aquest cas equilibrada amb la possibilitat plena de l'actora de conèixer i rebatre tots els motius oposats i aportar les proves corresponents a la seva defensa.

Hem de descartar així mateix la pretensió que formula l'actora a l'escrit d'ampliació respecte la inadmissibilitat de la impugnació de la revisió de la tarifa que és objecte del recurs núm. 808/2013, doncs la demandada no formula cap pretensió en aquest sentit.

En definitiva, cal desestimar la pretensió de l'actora pel que fa a la inadmissibilitat parcial de la contestació a la demanda.

Respecte l'objecte d'aquest procés, hem de precisar que la resolució impugnada es limita a excloure la proposició formulada per les actores del procediment d'adjudicació del contracte. La resolució no va analitzar l'oferta de la demandada ni, menys encara, es va pronunciar sobre la subsegüent adjudicació del contracte.

Aquesta és una qüestió que pertoca a l'òrgan de contractació, una qüestió en la que l'OARCC no podia entrar perquè la seva funció és revisora. Així ho imposa l'article 47 del Reial Decret legislatiu 3/2011.

Així doncs, no és objecte d'aquest recurs una nova adjudicació del contracte subsegüent a la resolució de l'OARC, ni l'admissibilitat de l'oferta de la demandada.

Cal descartar, per tant, els motius i arguments que es refereixen a l'oferta de la demandada.

SEGON.- L'actora fonamenta el recurs en un primer motiu en el sentit que el programa d'obres forma part del projecte d'explotació de l'annex 9 del plec de clàusules administratives. Un projecte que té caràcter merament orientatiu o indicatiu, en tot cas no contractual, de forma que l'únic límit que havien de respectar els licitadors pel que fa a la programació de les obres era el fet que havien de quedar enllestides en el termini general de 10 anys.

1.- La demandada va plantejar la qüestió sobre la temporització de les obres en el recurs administratiu, concretament va al·legar que l'oferta de l'adjudicatària incomplia el plec de clàusules en modificar el calendari de les obres, situant l'execució de les mateixes més enllà de l'horitzó temporal establert al plec.

L'Organisme administratiu de recursos contractuals va acceptar l'al·legació. Va entendre en aquest sentit que la naturalesa de la licitació no permetia la presentació de modificacions en aquest aspecte segons el joc dels articles 145 i 147 del Reial Decret legislatiu 3/2011; una possibilitat que d'altra banda quedava prohibida expressament al plec de condicions. L'OARCC va considerar en aquest sentit que els terminis d'execució de les obres no podien ser orientatius doncs la programació de les obres és un aspecte que forma part del nucli del contracte,

essent així que si en l'adjudicació s'entra a valorar el termini de les obres, aquests terminis no poden tenir caràcter indicatiu. Hom afegeix que si una oferta que mantingués els horitzons temporals de les diverses obres, sense millorar-los, comportaria una valoració 0, l'empitjorament d'aquests horitzons temporals no pot rebre la mateixa valoració. L'OARCC va considerar així mateix que l'ajornament de les obres és una circumstància que afecta la tarifa i alhora desnaturalitza el contracte, essent així que aquesta variació de l'objecte del contracte impedeix la comparació de les ofertes i, en definitiva, és contrària a la necessitat que l'objecte del contracte sigui cert.

Així doncs, l'OARCC va entendre que l'admissió de l'oferta adjudicatària afectava els principis d'igualtat, no discriminació, transparència i concurrència competitiva, disposant en conseqüència la inadmissibilitat de l'oferta en qüestió.

2.- Certament els principis de publicitat i transparència tenen un caràcter essencial en matèria de contractació. Així queda establert al mateix frontispici de la nostra legislació de contractes, concretament a l'article 1 del text refós aprovat per Reial Decret legislatiu 3/2011. La jurisprudència ha estat particularment insistent en la necessitat de respectar aquests principis de forma rigorosa. El Tribunal de Justícia de la Unió Europea ho expressa en els següents termes:

109. El principio de transparencia implica que todos los requisitos y modalidades del procedimiento de adjudicación se formulen de manera clara, precisa y unívoca, en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, de forma que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata (véase, en particular, la sentencia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C 496/99 P, Rec. p. I 3801).
(TJUE, Sala 3ª, sentència de 10 de maig de 2012, assumpte C-368/2010).

3.- L'actora defensa el caràcter indicatiu del programa d'obres de l'annex 9 del Plec de clàusules administratives. Invoca en aquest sentit diversos apartats del plec de clàusules administratives i també fa esment de les respostes vinculants efectuades per l'Administració, específicament l'aclariment referit a la clàusula 10, sobre c (3) sobre el caràcter orientatiu del projecte d'explotació en allò que es refereix als estats hidrològics; l'aclariment respecte l'ETAP Llosa del Cavall (v), que afirma el caràcter orientatiu dels abonaments previstos respecte aquesta actuació, i també l'aclariment a la clàusula 35 (f) en allò que es refereix als quadres de preus de dos actuacions.

La recurrent afegeix que també la demandada va modificar la planificació de les obres inicialment prevista a l'annex 9, concretament va preveure un retard en la conclusió de les actuacions núm. 17, 18, 24, 27 i 33.

En qualsevol cas, manté l'actora que l'OARCC no podia atribuir un caràcter vinculant al programa d'obres en contra del plec de condicions administratives, atorgant-se a més una facultat d'interpretar el contracte que la Llei atribueix a l'òrgan de contractació, a banda d'envair les facultats de l'Agència Catalana de l'Aigua -competent en matèria d'obres hidràuliques segons els articles 7.1 i 8.2 del Decret legislatiu 3/03-, òrgan que alhora actua com a responsable del contracte.

D'ací dedueix que la determinació del calendari de les actuacions correspon a l'esmentada Agència i no a l'òrgan redactor del plec de clàusules administratives.

Les recurrents afegeixen altres al·legacions referides a la infracció dels principis d'igualtat i no discriminació, ja que la seva oferta era correcta i més avantatjosa; també el fet que les modificacions introduïdes al seu programa d'obres no constitueixen una variant o millora dels plecs; invocant finalment els principis de bona fe, confiança legítima i seguretat jurídica.

Totes les al·legacions es refereixen en definitiva a un plantejament de base que és el caràcter orientatiu de la programació d'obres de l'annex 9, amb la consegüent llibertat dels licitadors de proposar lliurement el calendari d'execució de les mateixes mentre que les actuacions quedessin enllestides en el termini general de 10 anys.

4.- Cal descartar d'entrada els arguments referits al monopoli de l'òrgan de contractació respecte la facultat d'interpretar el contracte doncs, en primer lloc, no estem davant la interpretació del contracte sinó de les bases de la licitació. En segon lloc, no pot haver dubte sobre el fet que la competència que te reconeguda l'òrgan administratiu de recursos per revisar les actuacions de l'òrgan de contractació inclou la facultat per interpretar les bases del concurs i alhora la interpretació que l'òrgan esmentat fa de les mateixes.

5.- Afirmar també l'actora que, en definitiva, el calendari de les obres és una qüestió que correspon a l'Agència Catalana de l'Aigua -competent a l'efecte segons que deriva del Decret legislatiu 3/2003-, entitat que a banda actua com a responsable del contracte.

Doncs bé, és obvi que la competència ordinària sobre obres hidràuliques i la facultat que el mateix plec de clàusules atribueix a l'Agència pel que fa al l'aprovació dels projectes d'obra, no exclou la capacitat del Govern de la Generalitat per convocar el concurs en qüestió i per incorporar al mateix la realització d'un seguit d'obres hidràuliques, incloent la temporització de les mateixes. Una competència que, en tot cas, deriva del mandat de la disposició addicional primera de la Llei 10/2011 pel que fa a la convocatòria del concurs que ens ocupa. Previsió aquesta que s'integra en l'ordenament jurídic matisant la competència genèrica que la refosa de la legislació d'aigües de Catalunya atribueix a l'Agència Catalana de l'Aigua. Si no fos així l'argument de les actores no conduiria solament a la impossibilitat de condicionar el calendari de les obres, sinó que portaria a la il·legalitat del concurs en el seu conjunt pel fet d'incloure-hi obres hidràuliques.

6.- Pel que fa al fons, certament la resolució de l'OARCC incorpora alguns arguments que no podem compartir, doncs la valoració del calendari de les obres no pressuposa necessàriament que el mateix sigui vinculant pels licitadors, ni el fet que no sigui possible una puntuació inferior a zero justifica l'exclusió de l'oferta que empitjora la temporització de les obres.

Ara bé, independentment de l'anterior consideració, cal enfocar la qüestió des del principi de transparència i publicitat que abans ha quedat enunciat. Un principi que es projecta en el fet que les bases del concurs, els criteris d'adjudicació i els requeriments exigibles quedin suficientment definits i puguin ser coneguts pels contractistes en tots els seus aspectes rellevants en el moment de formular llurs

proposicions.

Doncs be, en primer lloc cal constatar que el plec de clàusules administratives no incorpora cap indicació explícita sobre el caràcter imperatiu del programa d'obres.

En aquest sentit, la clàusula 3 es refereix als documents que tenen caràcter contractual excloent l'annex 9, que qualifica com indicatiu. Alhora, la clàusula 10.4 es refereix a la necessitat d'incloure al sobre C un projecte d'explotació que s'ajusti al model de l'annex 9 del plec, en el ben entès que les previsions del mateix es faciliten també a títol informatiu.

Aquest és el plantejament del plec de clàusules, que com s'ha dit no inclou cap referència al caràcter vinculant del calendari o la seqüència de les obres incloses al programa de l'annex 9. La única limitació temporal sobre l'execució de les obres que apareix explícitament al plec és la que contempla la clàusula 35 pel que fa a l'execució de totes les obres dins el termini de 10 anys, mandat que es repeteix a l'apartat 3 del plec de prescripcions tècniques.

Aquest plantejament suggeria als licitadors que la temporització prevista per cadascuna de les obres era inicialment disponible, enteniment susceptible de protecció perquè així es podia deduir raonablement del plec de clàusules, independentment que aquesta manca de vinculació del programa d'obres pugui ser mes o menys encertada.

Ara bé, en aquest punt resulta determinant l'aclariment demanat per la demandada que consta al foli 482 de l'expedient administratiu, apartat h/. L'Administració va establir en aquesta contestació que el programa d'execució d'obres que han de proposar els licitadors pot adaptar el calendari proposat, però cal que respecti l'ordre i seqüència de les obres que consta al programa adjunt al projecte d'explotació del plec de clàusules.

Val a dir que aquesta contesta es va efectuar abans de la presentació de propostes i va ser informada als licitadors, sense que es posi en dubte que va ser efectivament coneguda per tots dos. El cas és que la resposta té caràcter vinculant segons que es disposa a l'article 133.3 TRLCSP i a la clàusula 10.1 del plec rector de la licitació.

Com hem dit, el plec de clàusules preveia la no vinculació del programa d'obres, mentre que l'aclariment esmentat disposa la vinculació de les obres en allò que es refereix a l'ordre i seqüència en la seva execució.

Certament es pot debatre sobre l'abast exacte d'aquest concepte d'ordre seqüència del programa d'obres. Però no hi ha dubte que, sigui quina sigui la interpretació que se li doni, suposa un grau de vinculació del programa en allò que es refereix a la temporització de les obres. Plantejament que comporta un canvi substancial respecte el plec de clàusules administratives rector del concurs, del que no es pot deduir cap vinculació, ni total ni parcial, llevat allò que es refereix a l'actuació núm. 36 que haurà de dur-se a terme els tres primers anys.

No es pot dubtar que l'aclariment esmentat s'integra en les bases del concurs segons que s'ha argumentat, en aquest cas alterant el plec de clàusules administratives.

Doncs be, arribats a aquest punt cal cridar l'atenció que la modificació es produeix mitjançant un aclariment efectuat pel Director de serveis del Departament de Territori i Sostenibilitat, de forma que aquest canvi substancial prové d'un òrgan o càrrec administratiu incompetent per modificar el plec de clàusules administratives. Cal recordar que aquest plec va ser aprovat en el seu moment per l'òrgan de contractació, això és, el Conseller d'acord amb l'atribució de la disposició addicional primera de la Llei 10/2011, els Acords del Govern de 14 de febrer i 22 de maig de 2012 i la clàusula administrativa 4.1.

Així doncs, estem davant una modificació afectada per dos dels motius de nul·litat previstos a l'article 62 de la Llei 30/1992, com és la manca de competència -article 115.4 del Reial Decret legislatiu 3/2011- i la manca de procediment exigible per modificar les bases del concurs, singularment l'audiència a les agrupacions que fins aleshores havien manifestat el seu interès en el concurs.

En definitiva, la qüestió central d'aquest procés es refereix als horitzons temporals de les obres; qüestió que la representació de SGAB va al·legar en el recurs especial i que va ser considerada per l'OARCC. Una al·legació que suposa resoldre sobre el grau de vinculació dels licitadors al programa d'obres, i succeeix que la resposta a l'anterior qüestió és diferent segons que s'atengui al plec de clàusules administratives o a l'aclariment vinculant.

L'anterior disparitat ha de ser resolta a favor del plec de clàusules administratives, doncs l'aclariment va excedir l'àmbit que li és propi, alterant el sentit de les clàusules administratives. Ara bé, el cas és que el concurs va seguir endavant i la contradicció va generar una situació de confusió en els licitadors sobre l'abast exacte de les bases del concurs en l'extrem que ens ocupa. Una confusió que ha quedat palesa en aquest procés a la vista de la disparitat de plantejaments i interpretacions que les parts i els seus perits han aportat sobre el concepte d'ordre i seqüència de les obres, i que ja es va evidenciar en les ofertes si es para compte en la mateixa diferència que hi ha entre les licitadors respecte el grau de modificació del programa d'obres que van introduir en llurs propostes.

Val a dir que el conflicte no pot ser resolt a posteriori per via interpretativa doncs no resultaria acceptable una interpretació que no estès a l'abast dels interessats amb prou claredat en el moment de formular les seves ofertes. Cal recordar en aquest sentit que la introducció d'especificacions sobre els criteris de valoració en la fase de ponderació de les ofertes és una possibilitat vetada per la jurisprudència, tant europea com espanyola (Tribunal Suprem, sentència d'11 d'octubre de 2012, cassació núm. 3253/2009; TJUE, sentència de 24 de gener de 2008, assumpte Alexandroupulis).

D'altra banda, la irregularitat que ens ocupa té una transcendència tal que afecta tot el procés contractual sencer, des de mateix moment en que es va dictar l'aclariment esmentat.

En conclusió, l'alteració il·legítima del plec de clàusules ens ha de portar a l'anul·lació de l'acte d'adjudicació atenent al fet que les parts no van poder formular les seves proposicions amb el coneixement de causa exigible d'acord amb els principis de transparència, publicitat i igualtat.

7.- Cal afegir que no estem en aquest cas davant un aspecte tangencial del contracte objecte de recurs.

En efecte, en primer lloc la realització de les obres o actuacions relacionades a l'annex 9 del plec de clàusules administratives i a la prescripció tècnica 3ª és un aspecte essencial que s'integra en el mateix objecte del contracte que ens ocupa.

Així es desprèn de la clàusula administrativa 1.1, quan defineix l'objecte del contracte per referència no sols a la gestió del servei sinó també a *“la construcció, millora, gestió i explotació de les instal·lacions que constitueixen la xarxa de proveïment Ter-Llobregat”*. Alhora, l'apartat 3 de la mateixa clàusula disposa que la concessió compren *“L'execució de les obres i els subministraments a què fa referència la clàusula “obres incloses en l'objecte del contracte” (clàusula 35) i que s'indiquen en el plec de prescripcions tècniques”*.

Per tant, l'execució de les obres o actuacions previstes és quelcom essencial en el contracte objecte de recurs.

Així doncs, hem de considerar que la realització de les obres o actuacions previstes al plec és un contingut nuclear del contracte, i el programa d'obres una qüestió substancial del mateix. Una qüestió, per tant, susceptible de fonamentar l'anul·lació de la resolució impugnada.

En segon lloc, no es pot descartar que la temporització de les obres influeixi sobre la tarifa inicial, que és la que es pren en consideració als efectes de la valoració en el concurs. En efecte, la programació d'obres inclosa al plec de clàusules preveu que el primer any haurien de començar a executar-se un total de 19 obres, amb les consegüents despeses que la concessionària no podrà començar a amortitzar fins l'any següent segons que deriva de les clàusules administratives núm. 21, 22 i 35.

Per tant, el desplaçament d'aquestes obres a anys posteriors permet un estalvi el primer any que òbviament es pot projectar en la tarifa mitja oferta per la licitadora en el concurs. Com s'ha dit, la programació d'obres que incorpora el plec contempla l'inici de 19 obres el primer any i l'actora només ofereix iniciar 6, de forma que la variació és notable en aquest punt.

Però és que, en qualsevol cas, la temporització de les obres afecta la tarifa en els successius exercicis, i la tarifa és un aspecte nuclear del servei.

8.- En conseqüència, hem d'estimar parcialment aquest recurs, en el sentit d'anul·lar la resolució de l'OARCC en allò que es refereix a l'exclusió de l'oferta de l'actora, encara que mantenint la nul·litat de la resolució d'adjudicació impugnada en via administrativa per la demandada.

TERCER.- Segons que s'ha esmentat, la demandada va reiterar a la contestació a la demanda altres al·legacions referides a la il·legalitat de l'adjudicació impugnada en via administrativa. Unes al·legacions que es plantegen amb caràcter subsidiari, pel cas que el Tribunal considerés errònia la resolució impugnada. Atenent el sentit d'aquesta sentència, la seva anàlisi resulta innecessària.

QUART.- No correspon pronunciament sobre les costes processals.

Atesos els fonaments esmentats,

HEM RESOLT

Primer.- Estimar parcialment el recurs interposat per ACCIONA AGUA, S.A. i ATLL CONCESSIONÀRIA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, S.A., tot anul·lant la resolució impugnada en la mida que exclou l'oferta presentada pel grup encapçalat per "Acciona Agua SA" i confirmar l'anul·lació de l'acord impugnat d'adjudicació del contracte de gestió del servei d'abastament d'aigua en alta Ter-Llobregat.

Segon.- No efectuar pronunciament sobre les costes processals.

Notifiqueu aquesta sentència a les parts fent saber que contra la mateixa es pot interposar recurs de cassació davant el Tribunal Suprem, que es prepararà davant aquesta Sala en el termini de deu dies comptat des del següent al de la seva notificació.

Porteu testimoniatge a les actuacions principals.

Així, per aquesta nostra sentència, ho pronunciem, manem i signem.

PUBLICACIÓ.- El dia 23 de juny de 2015 i en audiència pública, l'Ilm. Sr. Magistrat Ponent ha llegit i publicat la sentència. En dono fe.