

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Recurso nº 14/2013

SENTENCIA Nº 390/2015

Ilmos. Sres.:

**Presidente
DON ALBERTO ANDRÉS PEREIRA**

**Magistrados
DON JOSÉ MANUEL DE SOLER BIGAS
DOÑA ANA RUBIRA MORENO
DON EDUARDO PARICIO RALLO**

En la Ciudad de Barcelona, a veintidós de junio de dos mil quince.

LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN QUINTA) ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo nº 14/2013, interpuesto por la **ADMINISTRACIÓN DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA**, representada y dirigida por el Sr. Abogado de la Generalitat, contra la resolución nº 1/2013, de fecha 2 de enero de 2013, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña, siendo parte demandada la entidad mercantil **SOCIEDAD GENERAL DE AGUAS DE BARCELONA S.A.**, representada por el Procurador D. Antonio M^a de Anzizu Furest y dirigida por el Letrado D. Santiago Muñoz Machado.

Ha sido Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Alberto Andrés Pereira, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de la parte actora, en escrito presentado en la Secretaría de esta Sala, se interpuso el presente recurso contra la resolución nº 1/2013, de fecha 2 de enero de 2013, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña, por la que se estimó parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. contra el acuerdo de adjudicación del contrato de gestión del servicio de abastecimiento de agua en alta Ter-Llobregat (procedimiento 2012003800), del Departamento de Territorio y Sostenibilidad de la Generalitat de Catalunya, en el sentido de excluir a la empresa Acciona del procedimiento.

SEGUNDO.- Acordada la incoación de los presentes autos, se les dio el cauce procesal previsto por la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, habiendo despachado las partes, llegado su momento y por su orden, los trámites conferidos de demanda y contestación, en cuyos escritos respectivos, en virtud de los hechos y fundamentos de derecho que constan en ellos, suplicaron respectivamente la anulación de los actos objeto del recurso y la desestimación de éste, en los términos que aparecen en los mismos.

TERCERO.- Continuado el proceso por los trámites que aparecen en autos, se señaló día y hora para la votación y fallo, diligencia que tuvo lugar en la fecha fijada.

CUARTO.- En la sustanciación de este pleito se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como se ha expuesto en los antecedentes, se impugna en este proceso la resolución nº 1/2013, de fecha 2 de enero de 2013, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña (en adelante OARCC), por la que se estimó parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. (en lo sucesivo SGAB) contra el acuerdo de adjudicación del contrato de gestión del servicio de abastecimiento de agua en alta Ter-Llobregat (procedimiento 2012003800), del Departamento de Territorio y Sostenibilidad de la Generalitat de Catalunya, en el sentido de excluir del procedimiento a la agrupación encabezada por la empresa Acciona Agua S.A. (en lo sucesivo Acciona).

SEGUNDO.- Como cuestión preliminar, resulta necesario delimitar con precisión el objeto y ámbito de este proceso, puesto que las partes manifiestan sobre el particular profundas discrepancias. Así, la Administración recurrente entiende que sólo puede enjuiciarse la legalidad de la resolución impugnada del OARCC, a fin de determinar si resulta ajustada a Derecho o no la exclusión de la oferta presentada por la agrupación encabezada por Acciona, pero que el carácter revisor de esta Jurisdicción impide analizar otras cuestiones relativas al acuerdo de adjudicación del contrato, habida cuenta que SGAB no ha interpuesto recurso contra la resolución del OARCC. Por el contrario, la demandada sostiene que, en el caso de que se deje sin efecto la exclusión de Acciona, deberán examinarse las

restantes cuestiones que se suscitaron en el recurso especial en materia de contratación formulado por SGAB, y que no fueron abordadas en su día por el OARCC.

Para la resolución de este extremo resulta necesario distinguir entre el objeto inmediato del proceso, que es la resolución impugnada del OARCC, y su objeto mediato, que es el acuerdo de adjudicación del contrato de autos. El hecho de que el escrito de interposición del recurso se dirija contra la resolución del OARCC no impide considerar que el objeto del recurso contencioso-administrativo se extiende a toda la vía administrativa previa, que viene a culminar en este caso con la resolución del recurso especial en materia de contratación.

El hecho de que SGAB no haya impugnado la resolución del OARCC es lógica consecuencia de la imposibilidad de recurrir un acto que le es favorable, en la medida en que estima parcialmente sus pretensiones. Ahora bien, en el caso de que se anulara este pronunciamiento, no pueden dejarse imprejuizadas las restantes cuestiones que se plantearon en el recurso especial en materia de contratación, puesto que lo contrario comportaría una innegable situación de indefensión, contraria al derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24.1 de la Constitución.

En este sentido, no cabe olvidar que el artículo 55.1 de la Ley Jurisdiccional de 1956, en su redacción inicial, ya disponía que “el recurso contencioso-administrativo se deducirá indistintamente contra el acto que sea objeto del de reposición, el que resolviere ésta expresamente o por silencio administrativo, o contra ambos a la vez”. Ello resulta indicativo de que la impugnación del acto que resuelve un recurso administrativo no impide, sino todo lo contrario, que el objeto del recurso se extienda al conjunto de la actuación administrativa precedente. La invocación de este precepto no resulta ociosa, desde el momento en que el recurso especial en materia de contratación tiene carácter potestativo (artículo 40.6 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público), al igual que el recurso de reposición al que aquél se refería.

TERCERO.- También con carácter previo, debe señalarse que resulta innecesaria la incorporación a este proceso de las pruebas practicadas en los recursos nº 28/2013 y 38/2013, seguidos contra la misma resolución del OARCC. Ello es así por cuanto existen en autos suficientes elementos para resolver la cuestión litigiosa. Ello no obstante, no cabe olvidar que los tres procesos han sido tramitados de forma coordinada y se resuelven simultáneamente, de modo que, como resulta evidente, el Tribunal ha ponderado en su conjunto la problemática jurídica que se suscita respecto de aquella resolución.

CUARTO.- Una vez sentado lo anterior, debe abordarse el examen de la resolución impugnada del OARCC. Ésta ha considerado que procede excluir la oferta presentada por Acciona, puesto que se vulneran los principios de igualdad y transparencia, en la medida en que el programa de obras incluido en el anexo 9 del pliego de cláusulas administrativas particulares (en lo sucesivo PCAP) tiene carácter vinculante, y dicha oferta sitúa algunas actuaciones en un horizonte temporal superior al de referencia. A riesgo de resumir en extremo, la resolución impugnada descansa en un doble orden de consideraciones. Por una parte, se constata el carácter indicativo del anexo 9 del PCAP, que se califica como

documentación no contractual. Sin embargo, el OARCC limita dicho carácter indicativo a las previsiones relativas al plan económico-financiero, como deduce de la prescripción concerniente al sobre C, según la cual aquéllas “son orientativas y se facilitan a título informativo sin que, en caso de no cumplirse, se pueda pedir el reequilibrio o responsabilidades de la Administración”.

Por el contrario, el OARCC considera que el plazo de construcción de las obras no puede considerarse orientativo, sino que ha de operar como un límite máximo, “pues lo contrario sería alterar el principio de que el objeto del contrato ha de ser cierto y no impedir que pueda existir una adecuada comparación de ofertas, vulnerando, en caso contrario, el principio de igualdad de trato”. A partir de ello, se considera que “a pesar de que los períodos de referencia se hallen en el anexo 9 –que como hemos visto se califica como documentación no contractual-, en el mismo momento en que se entran a valorar no pueden tener en ningún caso el sentido de indicativos”.

Esta argumentación no puede ser compartida en los términos en que se formula. En efecto, en un proceso de concurrencia competitiva no cabe atribuir automáticamente a todo elemento susceptible de valoración un carácter vinculante y obligatorio, puesto que ello dependerá necesariamente del contenido de los pliegos de cláusulas administrativas y técnicas, que constituyen la ley del contrato. Resulta perfectamente posible que se valoren aspectos sujetos a la libre decisión de los participantes o a la distinta situación en que éstos se hallan, como ocurre en el caso de las valoraciones de méritos, o también de la oferta de mejoras adicionales, en los casos en que éstas se admitan.

En consecuencia, no cabe considerar que el hecho de que se valorasen las ofertas en lo relativo al plazo de ejecución de las obras convierta por sí mismo en vinculante el programa que se contiene en el anexo 9 del PCAP.

QUINTO.- El PCAP establece, en principio, el carácter meramente indicativo del programa de obras que se halla incorporado a su anexo 9. Así resulta de la cláusula 3ª, según la cual:

“3.1. A més del document de formalització del contracte, la documentació següent té caràcter contractual:

-Aquest PCA i PT amb els seus annexos (excepte l'annex 9 del PCA que és indicatiu).

-L'oferta presentada per l'adjudicatari amb tots els documents que incorpora.

3.2. En cas que hi hagués contradicció entre els termes dels documents que integren el contracte, s'interpreten tenint en consideració l'ordre de prelación següent:

Primer. - El PCA i PT amb els seus annexos (excepte l'annex 9 del PCA que és indicatiu).

Segon.- L'oferta presentada per l'adjudicatari amb tots els documents que incorpora”.

En el mismo sentido se pronuncia la cláusula 10.4 del PCAP, relativa al contenido de las proposiciones, la cual establece:

“Aquest projecte d’exploració s’ha d’ajustar al model de projecte d’exploració annexat a aquest plec com a annex 9. Les previsions incloses en aquest pla economicofinancer són orientatives i es faciliten a TÍTOL orientatiu sense que, en cas de no complir-se, es pugui demanar el reequilibri o responsabilitats de l’Administració”.

Por su parte, la cláusula 35ª dispone que:

“Aquestes obres la Societat Concessionària les ha d’executar dins del 10 primers anys de contracte”.

SEXTO.- No obstante lo anterior, debe atenderse también, además de a los pliegos, a las respuestas a las aclaraciones que solicitaron los licitadores, las cuales tienen carácter vinculante, como resulta del artículo 133.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, el cual dispone que:

“El órgano de contratación podrá incluir en el pliego, en función de la naturaleza y complejidad de éste, un plazo para que los licitadores puedan solicitar las aclaraciones que estimen pertinentes sobre su contenido. Las respuestas tendrán carácter vinculante y deberán hacerse públicas en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el proceso de licitación”.

En este caso, el órgano de contratación hizo uso de esta facultad, previendo en la cláusula 10.1 del PCAP la posibilidad de solicitar aclaraciones. Como se dice en ella:

“Aquestes respostes, que tenen caràcter vinculant, s’han de fer públiques de manera que es garanteixi la igualtat i la concurrència en el procés de licitació, ajustant la seva actuació al principi de transparència”.

Las partes han expresado su discrepancia sobre el contenido y alcance de una de las aclaraciones solicitadas por SGAB, y sus efectos sobre el carácter vinculante o no del programa de obras contenido en el anexo 9 del PCAP. La expresada aclaración era del siguiente tenor literal:

“Al projecte d’exploració es presenta la llista d’obres a executar i una programació i calendari. Es sol·licita confirmació de que el Programa d’execució de les obres que ha de proposar el licitador permetrà l’adaptació del calendari proposat però s’haurà de respectar en tot cas l’ordre i seqüència de les obres”.

A lo que la Administración respondió: *“Si, es confirma”.*

Aunque durante la sustanciación del recurso especial ante el OARCC no se planteó un especial debate sobre el contenido de esta aclaración, desde la interposición del presente recurso contencioso-administrativo aquélla ha pasado a convertirse en el eje central del litigio. A este respecto, la Administración considera que el “orden y secuencia de las obras” se refiere exclusivamente a las que se hallan relacionadas entre sí, por lo que no puede cuestionarse el carácter indicativo del programa de obras. En tal sentido, defiende que la aclaración discutida sólo especificó que debían seguirse las exigencias derivadas de la

lógica en la programación de las obras, respetando los vínculos de prelación en la ejecución de los trabajos que guardasen algún tipo de relación entre sí.

Por el contrario, la demandada entiende que, aunque se permitiesen adaptaciones de calendario, el orden y secuencia se refiere al conjunto de las obras e implica un orden de prioridades en la ejecución de las mismas, que la oferta de Acciona ha alterado profundamente, al desplazar al final del plazo máximo de 10 años la realización de un número importante de actuaciones.

Para resolver la cuestión debatida, debe tenerse en cuenta que la aclaración afirma que debe respetarse el orden y secuencia de las obras, sin salvedad alguna, lo que conduce a la conclusión de que se refiere al conjunto de las mismas, por lo que está estableciendo la necesidad de respetar en sus términos esenciales la programación prevista. De otro modo, hubiera sido necesario que se precisase cuáles eran las obras cuya ejecución se hallaba subordinada a la terminación de otras de carácter prioritario, lo que no se ha hecho en ningún momento, y no cabe pensar que se hubiera dejado en la indefinición un aspecto tan relevante a la hora de formular las ofertas.

En definitiva, más allá de debates semánticos, no puede obviarse que la declaración de que resulta obligado respetar el orden y secuencia de las obras introduce una vinculación de los licitadores al programa de obras, en el sentido de que exige respetar, aunque con ciertas adaptaciones en el calendario, el orden de prioridades que se contiene en aquél.

SÉPTIMO.- Lo anteriormente expuesto pone de relieve que existe una contradicción en los términos en que se planteó el concurso, ya que, por una parte, el PCAP, que es la ley del contrato, proclama el carácter indicativo de su anexo 9, que incorpora el programa de obras, en tanto que las aclaraciones realizadas a instancia de los licitadores, que son vinculantes conforme a lo dispuesto en el artículo 133.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, expresan la obligatoriedad del “orden y secuencia de las obras”, lo cual debe ser entendido, como se acaba de exponer, en el sentido de que los licitadores habían de respetar en la ejecución de las obras el orden de prioridades establecido en el programa.

No puede dejar de señalarse, sobre esta cuestión, que las aclaraciones aparecen suscritas por el Director de Servicios del Departamento, que no es el órgano de contratación, según lo dispuesto en la cláusula 4.1 del PCAP.

Sin embargo, lo fundamental es que esta discordancia afecta a uno de los elementos esenciales del contrato, como se desprende de la cláusula 1ª del PCAP, en la medida en que la concesión comprende:

“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”.

Además, la discordancia se produjo en un momento capital del procedimiento de contratación, anterior a la formulación de las ofertas por parte de los licitadores, de modo que se han visto sustancialmente afectados los principios de publicidad, transparencia, igualdad y concurrencia, en la medida en que aquéllos no tuvieron

cabal conocimiento del verdadero alcance de las prescripciones del contrato, en orden a programar la ejecución de las obras.

Estos principios tienen un carácter esencial en la contratación administrativa, como ha recogido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La sentencia de dicho Tribunal de 10 de mayo de 2012, asunto C-368/10) afirma que:

“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)”.

En el presente caso, los términos en que se plantea este recurso son suficientemente expresivos acerca de los criterios radicalmente discordantes con que los licitadores y la propia Administración interpretaron las cláusulas reguladoras del concurso, entre las que, por prescripción legal, deben incluirse las aclaraciones formuladas a instancia de los licitadores.

En consecuencia, esta infracción de los principios de publicidad y concurrencia deben llevar a confirmar la anulación del acuerdo de adjudicación realizada por el OARCC, aunque por otros argumentos distintos a los que señala este órgano. A este respecto, es necesario resaltar que, aunque la parte dispositiva de la resolución impugnada no incorpora de forma explícita una anulación de la adjudicación del contrato, este pronunciamiento resulta claramente implícito en aquélla, en la medida en que resulta consustancial con la exclusión del licitador que obtuvo la adjudicación del contrato.

Dado que la infracción de los principios de publicidad y concurrencia afecta a la fase de aprobación del PCAP y a sus aclaraciones, la consecuencia de aquélla no puede ser la exclusión de la oferta de Acciona, sino que la anulación debe extenderse al conjunto del procedimiento de contratación, puesto que se trata de un vicio producido con anterioridad a la formulación de las ofertas de los licitadores, que no tuvieron cabal conocimiento del alcance exacto de las exigencias relativas al programa de obras, lo que contradice los principios básicos de la contratación administrativa antes señalados.

Esta conclusión no contradice la regla de que no cabe impugnar los pliegos de condiciones cuando se discute el acuerdo de adjudicación, y aquéllos fueron consentidos en su momento, salvo que concurra una causa de nulidad de pleno derecho. En efecto, en este caso no se impugna el contenido del PCAP, sino que la anulación responde a la discordancia producido ulteriormente, con la respuesta a las aclaraciones solicitadas por los licitadores, que ha tenido una incidencia sustancial en las ofertas de éstos, lo que implica la vulneración de los principios de publicidad, concurrencia e igualdad antes referidos.

OCTAVO.- La demandada reitera en la contestación a la demanda algunas de las

alegaciones que formuló en su día en el recurso especial en materia de contratación. Ahora bien, dado que aquéllas se articulan con carácter subsidiario y se refieren a la valoración de la oferta presentada por Acciona, es claro que no resulta necesario abordar el examen de las mismas, desde el momento en que se procede a la anulación del acuerdo de adjudicación por un vicio producido en una fase anterior del procedimiento de contratación.

NOVENO.- Al producirse una estimación parcial del recurso, no procede efectuar un especial pronunciamiento sobre las costas procesales, conforme a lo prevenido en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Quinta) ha decidido:

1º.- Estimar parcialmente el recurso interpuesto por la Administración de la Generalitat de Catalunya contra la resolución nº 1/2013, de 2 de enero, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña, en la medida en que excluye la oferta presentada por el grupo encabezado por Acciona Agua S.A., y confirmar la anulación del acuerdo impugnado de adjudicación del contrato de gestión del servicio de abastecimiento de agua en alta Ter-Llobregat (procedimiento 2012003800).

2º.- No efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas.

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma prevenida por la Ley, llevándose testimonio de la misma a los autos principales.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que se preparará ante esta Sala en el plazo de diez días, contados desde el siguiente al de su notificación.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública al día siguiente de su pronunciamiento. Doy fe.