

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA
SALA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA
SECCIÓ CINQUENA

Recurs núm. 38/2013

SENTÈNCIA Núm. 388/2015

II·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, a 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. 38/2013, interposat per **AIGÜES DE CATALUNYA, LTD**, representada pel procurador Sr. ANGEL JOANQUET IBARZ i dirigida pel lletrat Sr. JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR, 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 II·Im. Sr. Eduard Paricio Rallo**, que expressa el parer de la Sala.

ANTECEDENTS

PRIMER.- En data 23 de gener de 2013 la representació d' AIGÜES DE CATALUNYA, LTD va presentar en la secretaria d'aquesta Sala escrit d'interposició del present recurs, adreçat contra la resolució núm. 1/2013 dictada per l'Òrgan Administratiu de Recursos Contractuals de Catalunya, de data 2 de gener de 2013. L'anterior resolució va estimar el recurs interposat per la Societat General d'Aigües de Barcelona, S.A. contra la resolució del Departament de Territori i Sostenibilitat de la Generalitat de Catalunya, dictada el 6 de novembre de 2012, d'adjudicació del contracte de gestió del servei de subministrament d'aigua en alta Ter-Llobregat.

SEGON.- En data 10 de desembre de 2013 l'actora va presentar escrit de demanda mitjançant el qual va demanar sentència que anul·li la resolució impugnada, i confirmi la validesa i eficàcia de l'adjudicació del contracte impugnat, amb imposició de les costes a la demandada.

Hom fonamenta el recurs en els següents motius:

A/ Determinades infraccions procedimentals comeses per l'Òrgan administratiu de recursos contractuals, com ara el fet que la seva intervenció s'ha de limitar a anul·lar la resolució impugnada, sense incloure en la part dispositiva la raó d'aquesta decisió, de forma que haurà de ser l'òrgan de contractació qui hagi de dictar resolució excoent al contractista si és el cas; el fet que l'OARCC va recavar un informe pericial sense comunicar-ho a les parts, resultant que la petició va ser contestada informalment, sense identificar l'autor; i el fet que l'OARCC va suspendre el procediment en data 30 de novembre de 2012 als efectes que el recurrent pogués informar-se a la vista que l'òrgan de contractació li va concedir i, en tot cas, hom va infringir el termini de resolució;

B/ El pla d'obres inclòs a l'annex 9 era indicatiu, de forma que la única vinculació del mateix es referia al fet que les obres havien d'executar-se en el termini màxim dels 10 primers anys. Així es desprèn de les clàusules administratives núm. 3, 10 i 35, i també dels aclariments efectuats per l'òrgan de contractació;

C/ Que, o bé l'OARCC va considerar erròniament que les ofertes infringien el límit màxim de 10 anys, o bé va considerar que la vinculació es referia a les diferents obres, amb infracció en aquest darrer cas del plec de clàusules administratives, essent així que totes dos ofertes van interpretar igualment que el termini era flexible;

D/ El plec de clàusules administratives atribueix a l'ACA la facultat d'aprovar els projectes d'obres i també la potestat de no executar o modificar alguna de les obres, circumstàncies que posen de manifest que la programació era orientativa; i

E/ El fet que, si els terminis de les obres fossin vinculants, les ofertes serien pràcticament iguals.

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, declarant en tot cas la nul·litat de la resolució d'adjudicació

de data 6 de novembre de 2012.

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 dels nous fets controvertits de l'escrit de contestació i dels informes aportats o, subsidiàriament, se'ls tingui per contestats.

L'actora va efectuar en aquest sentit les següents al·legacions:

A/ L'objecte del procés queda constituït exclusivament per la resolució de l'OARCC impugnada i l'argumentació d'aquesta resolució, sense que es puguin introduir altres arguments ni tampoc una pretensió referida a l'acte d'adjudicació;

B/ La única interpretació plausible sobre l'ordre i seqüència de les obres seria la que afectaria a determinades obres interdependents entre sí, ordre que respecta la proposició de la recurrent. Una interpretació, aquesta, efectuada per l'Administració, amb la prevalença que cal atribuir als informes emesos per funcionaris públics;

C/ La tarifa mitja del servei no queda afectada per la periodificació de les obres atès que la licitació es limita a considerar la tarifa del primer any, essent així que la repercussió de les obres es produeix sempre l'any següent;

D/ No es pot acceptar una situació d'indefensió de la demandada si ha pogut accedir a la totalitat de la informació;

E/ L'augment de tarifa aprovat per a l'any 2013 ha estat correcte d'acord amb l'informe aportat, en el ben entès que el suposat excés tampoc no qüestionaria la viabilitat econòmica de l'oferta adjudicatària;

F/ L'oferta de l'actora assumeix el risc de morositat, doncs es limita a manifestar que els impagaments es provisionaran als estats comptables, no havent inclòs aquest factor en el càlcul del tarifa mitja oferta;

G/ L'actora respecta el principi de risc i ventura des del moment que els projectes d'obra han de ser aprovats per l'Administració, que controlarà que hom respecti la baixa compromesa;

H/ L'oferta respecta també el risc de disponibilitat des del moment que l'estudi durant tres anys del comportament de les variables no és més que una proposta;

I/ Pel que fa al risc de demanda, l'oferta no fa mes que assenyalar la importància de l'estructura actual de les tarifes, sense qüestionar la possibilitat de modificar-la;

J/ Respecte el finançament de les inversions amb recursos aliens, l'oferta es limita a proposar un índex neutre als efectes de la tarifa, independentment del sistema de finançament de l'adjudicatària;

K/ L'oferta de l'actora no infravalora costos d'explotació, sense que en aquest punt es pugui utilitzar l'oferta de la demandada com a paràmetre de referència, i sí en canvi els resultats obtinguts durant el primer any d'explotació, resultats que son

prou positius;

L/ No s'ha produït cap modificació de la tarifa de referència;

M/ Tampoc no s'ha vulnerat la prohibició de subcontractar, sinó que senzillament s'ha aplicat la possibilitat prevista a la clàusula administrativa 18.6.

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 actora i 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 la societat recurrent planteja la inadmissió dels nous fets controvertits a l'escrit de contestació i als informes aportats.

La demandada limita la seva pretensió a la desestimació del recurs, la confirmació de l'acte impugnat i específicament la seva manifestació pel que fa a la nul·litat de la resolució inclou d'adjudicació del contracte. Una pretensió perfectament coherent amb la seva posició processal de demandada, per be que pròpiament no correspon incloure el motiu del recurs en la pretensió.

Certament la demandada formula 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 de la resolució.

Cal recordar que l'objecte del procés no és l'acte administratiu; l'acte impugnat tan 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.

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 esmenta determinades infraccions procedimentals comeses per

l'Òrgan administratiu de recursos contractuals. Es refereix en primer lloc al fet que la intervenció d'aquest òrgan s'ha de limitar a anul·lar la resolució impugnada, sense incloure en la part dispositiva la raó d'aquesta decisió, de forma que haurà de ser l'òrgan de contractació qui hagi de dictar resolució excoent al contractista si és el cas.

Hom afegeix el fet que l'OARCC va recavar un informe pericial sense comunicar-ho a les parts, resultant que la petició va ser contestada informalment, sense identificar l'autor. Argumenta alhora que l'OARCC va suspendre el procediment en data 30 de novembre de 2012 als efectes que la recurrent pogués informar-se a la vista que l'òrgan de contractació li va concedir i, en tot cas, que hom va infringir el termini de resolució.

Doncs bé, l'actora no formula els anteriors retrets com a motius de recurs sinó per contextualitzar la decisió que impugna, de forma que quedem excusats de la seva anàlisi, independentment que la capacitat de les irregularitats formals per portar a la nul·litat de la resolució afectada deriva be del seu encaix en alguna de les raons de nul·litat radical del actes administratius, be del fet que generi una situació d'indefensió significativa, real i efectiva i no merament formal, circumstàncies no al·legades en aquest cas.

TERCER.- Aquest recurs es fonamenta en un primer motiu en el sentit que el pla d'obres inclòs a l'annex 9 era indicatiu, de forma que la únic aspecte vinculant del mateix es referia al fet que les obres havien d'executar-se en el termini màxim dels 10 primers anys. Hom al·lega en aquest sentit que, o bé l'OARCC va considerar erròniament que l'oferta de l'adjudicatària infringiex el límit màxim de 10 anys, o bé va considerar que la vinculació es referia a les diferents obres, amb infracció en aquest darrer cas del plec de clàusules administratives, essent així que totes dos ofertes van interpretar igualment que el termini era flexible.

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 3/11; una possibilitat que d'altra banda estava 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.- Com s'ha avançat, l'actora fonamenta el recurs en un argument estructural en el sentit que el pla d'obres inclòs a l'annex 9 era indicatiu.

La recurrent al·lega així mateix que totes dos ofertes van interpretar igualment que el termini era flexible i que l'OARCC no podia atribuir un caràcter vinculant al programa d'obres en contra del plec de condicions administratives. Afegeix que el plec de clàusules administratives atribueix a l'ACA la facultat d'aprovar els projectes d'obres i també la potestat de no executar o modificar alguna de les actuacions, circumstàncies que posen de manifest que la programació era orientativa. També argumenta que, si els terminis de les obres fossin vinculants, les ofertes serien pràcticament iguals.

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 per proposar lliurement el calendari d'execució de les mateixes mentre que les actuacions quedessin enllestides en el termini general de 10 anys.

4.- Deixant de banda les al·legacions que es limiten a especular sobre el pensament intern de l'OARCC o la convicció de la demandada sobre el grau de vinculació del programa, cal descartar ja d'entrada l'argument que dedueix el caràcter no vinculant del programa d'obres a partir de la facultat de l'ACA per aprovar els projectes d'obres, o de la seva potestat per no executar o modificar alguna de les obres. El cas és que aquestes facultats no pressuposen el caràcter inicialment voluntari o vinculant de la temporització de les obres.

Tampoc es pot admetre el fet que si els terminis de les obres fossin vinculants, les ofertes serien pràcticament iguals. En aquest cas continuaria havent importants espais de competència, tant en allò que es refereix a l'oferta econòmica, com al

mateix programa de gestió globalment considerat.

5.- 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 incloure adaptacions del calendari de les obres, 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.

6.- 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.

7.- 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 AIGÜES DE CATALUNYA, LTD, 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.

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.