

RECURSO CASACION núm.: 2682/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver  
Sánchez

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo Contencioso-Administrativo**  
**Sección Cuarta**  
**Sentencia núm. 276/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D<sup>a</sup>. María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 21 de febrero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación registrado con el número **2682/2015** interpuesto por la procuradora doña Concepción Villaescusa Sanz en representación de **AIGÜES DE CATALUNYA, LTD.**, asistida por los letrados don Juan Alfonso Santamaría Pastor y don Tomás Ramón Fernández y por la procuradora doña Consuelo Rodríguez Chacón en representación de la **SOCIEDAD GENERAL DE AGUAS DE BARCELONA, S.A.** y asistida del letrado don Santiago Muñoz Machado contra la sentencia de 22 de junio de 2015 dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso 38/2013. Han comparecido ambas partes recurrentes también como partes recurridas.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Ante la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se interpuso el recurso contencioso-administrativo 38/2013 contra la resolución 1/2013 dictada por el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña (en adelante, OARCC), de fecha de 2 de enero de 2013 por la que se estimaba el recurso interpuesto por la Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. contra la resolución del Departamento de Territorio y Sostenibilidad de la Generalitat de Cataluña, dictada el 6 de noviembre de 2012, de adjudicación de contrato de gestión del servicio de suministro de agua en alta Ter-Llobregat.

**SEGUNDO.-** La citada Sección dictó sentencia de 22 de junio de 2015 cuyo fallo dice literalmente:

*«Primero.- Estimar parcialmente el recurso interpuesto por AIGÜES DE CATALUNYA, LTD, anulando la resolución impugnada en la medida que excluye la oferta presentada por el grupo encabezado por “Acciona Agua, SA”, y confirmar la anulación del acuerdo impugnado de adjudicación del contrato de gestión del servicio de abastecimiento de agua en alta Ter-Llobregat.*

*»Segundo.- No efectuar pronunciamiento sobre las costas procesales.»*

**TERCERO.-** Contra la referida sentencia prepararon recurso de casación las representaciones procesales de AIGÜES DE CATALUNYA, LTD (en adelante, AIGÜES DE CATALUNYA) y de la SOCIEDAD GENERAL DE AGUAS DE BARCELONA, S.A (en adelante, SGAB) que la Sección quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal de Superior de Justicia de Cataluña tuvo por preparado mediante diligencia de ordenación de fecha 17 de julio de 2015 en la que, al tiempo, ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

**CUARTO.-** Emplazadas las partes y comparecidas en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, la representación procesal de AIGÜES DE CATALUNYA presentó el escrito de interposición del recurso de casación basado, en síntesis y tras exponer los antecedentes que consideró de interés, en los siguientes motivos:

1º Al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA) por infracción de las formas esenciales del juicio al vulnerar los límites impuestos al juzgador por los artículos 33.1 y 67.1 de la LJCA, por incongruencia interna o contradicción entre sus pronunciamientos.

2º Al amparo del artículo 88.1.c) de la LJCA por infracción de las formas esenciales del juicio al aceptar una pretensión reconvencional de la parte demandada, con vulneración de la doctrina de la Sala según la cual el demandante es la única parte que puede delimitar el objeto del proceso.

3º Al amparo del artículo 88.1.c) de la LJCA por infracción de los artículos 33.1 y 67.1 de la LJCA por incurrir en el vicio de incongruencia por exceso.

4º Al amparo del artículo 88.1.c) de la LJCA por infracción del artículo 33.2 de la LJCA al emitir un fallo basado en un motivo de oposición no alegado ni considerado en el proceso.

5º Al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA por infracción de los artículos 1 y 139 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, LCSP).

6º Al amparo del artículo 88.1.c) de la LJCA por infracción de los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución Española y 218.2 de la Ley 1/2000, de

7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) por falta de motivación al no contener una valoración del material probatorio.

**QUINTO.-** A su vez la representación procesal de la SGAB presentó su escrito de interposición del recurso de casación basado, en esencia, tras exponer los antecedentes que consideró de interés y consideraciones sobre la sentencia recurrida, en los siguientes motivos:

1º Al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA por infracción de los principios básicos de la contratación, especialmente los de transparencia e igualdad del artículo 1 del Texto refundido de la LCSP y artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE (actualmente artículo 18 de la Directiva 2014/24), y la jurisprudencia que los ha interpretado, especialmente el principio jurisprudencial referido a la exigencia de que el trato igual se aplique al licitador "razonablemente informado y normalmente diligente", así como la exigencia de certeza en el objeto contractual (artículo 86.1 de la LCSP en relación con el 133.2 TRLCSP y, por remisión de este, con el artículo 131.1 de la LCSP); y vulneración de la jurisprudencia de esta Sala que cita sobre la cualificada presunción de legalidad y acierto de las resoluciones del órgano de recursos contractuales por la función que le otorga el legislador europeo y español. Todo ello en relación con los artículos 106.1 de la Constitución y 70.2 de la LJCA, ya que la sentencia recurrida no debió anular la resolución del OARCC, ni siquiera parcialmente "en la medida en que excluye la oferta presentada por el grupo encabezado por Acciona Agua S.A."

2º Al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA por infracción de los principios básicos de la contratación, en particular los de transparencia e igualdad del artículo 1 de la LCSP y la jurisprudencia que los ha interpretado, especialmente la que invoca la propia sentencia recurrida, así como los artículos 133 y 40.2.a) de la LCSP, que obligaban a aplicar el carácter vinculante de las aclaraciones publicadas antes de la presentación de ofertas. Tanto más cuando no fueron impugnadas, por lo que se vulnera la jurisprudencia que impide fundar los recursos en la eventual irregularidad de pliegos y condiciones consentidos que se constituyeron en ley del contrato.

Irrazonabilidad de la fundamentación de la sentencia que, considerando correctamente estos hechos, les aplica la jurisprudencia referida a la modificación de las cláusulas contractuales *posterior* a la presentación de ofertas.

3º Al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA por vulneración del artículo 133.3 del TRLCSP así como los artículos 62.1.b) 63.2 y 67.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante Ley 30/1992), que excluyen la nulidad de los actos administrativos (en este caso de la aclaración del órgano de contratación) cuando la eventual falta de competencia es meramente jerárquica, no ocasiona indefensión y es convalidada por actos posteriores del superior, que no revisa el acto, ni es éste impugnado por ningún interesado.

**SEXTO.-** Por diligencia de ordenación de 22 de diciembre de 2015 se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida a fin de que, en el plazo de treinta días, formalizara su escrito de oposición, lo que realizaron tanto la representación procesal de AIGÜES DE CATALUNYA como la de la SGAB solicitando ambas la desestimación de los recursos -la primera previamente la inadmisibilidad- por las razones que constan en sus respectivos escritos.

**SÉPTIMO.-** Concluidas las actuaciones, por providencia de 30 de noviembre de 2017 se designó Magistrado ponente y se señaló este recurso para votación y fallo el día 30 de enero de 2018, fecha en que se inició la deliberación y que se desarrolló los días 6 y 13 de febrero, en el que finalmente concluyó.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia objeto de este recurso de casación guarda práctica identidad con las dictadas también el 22 de junio de 2015 por la misma Sección de la Sala de instancia en los recursos contencioso-administrativos 14 y 28/2013, contra las que se han promovido los recursos de casación 2725 y 2678/2015, respectivamente. Coinciden de esta manera en esos dos recursos de casación y en el presente la SGAB como recurrente y recurrida; además se advierte una sustancial coincidencia entre el recurso de AIGÜES DE CATALUNYA y los de la Generalidad Catalana (recurso de casación 14/2013) y ACCIONA AGUA, S.A. i ATLL CONCESSIONÀRIA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, S.A. (recurso de casación 28/2013).

**SEGUNDO.-** La identidad sustancial de los motivos de casación aconseja estar a los razonamientos de esta Sala en la sentencia de 20 de febrero de 2018 dictada en el recurso de casación 2725/2015 contra la sentencia dictada en el primero de los recursos contencioso-administrativos (el 14/2013), sin perjuicio de las matizaciones pertinentes así como, también, sin perjuicio de las distintas inadmisibilidades que las mercantiles recurrentes invocan frente a la contraria en sus correlativos escritos de oposición.

**TERCERO.-** De esta forma en cuanto a los hechos y los términos en que se plantean estos tres litigios seguidos en la instancia, se parte del Fundamento de Derecho Primero de la sentencia de 20 de febrero de 2018 que los concreta en estos términos:

**«PRIMERO.- Los términos del litigio.**

*»El Departamento de Territorio y Sostenibilidad de la Generalidad de Cataluña resolvió el 6 de noviembre de 2012 adjudicar el contrato de gestión del servicio de abastecimiento de agua en alta Ter-Llobregat a la agrupación encabezada por ACCIONA AGUA, S.A. Esa adjudicación se hizo en virtud de la licitación anunciada por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña el 14 de*

*febrero de 2012 mediante acuerdo luego modificado el 22 de mayo posterior y publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea del 1 de agosto de 2012. El Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña lo publicó el día 4 de ese mismo mes. A su vez, esta actuación administrativa se fundamenta en la disposición adicional primera de la Ley catalana 10/2011, de 29 de diciembre, de simplificación y mejora de la regulación normativa, que contempló la “prestación indirecta del servicio de abastecimiento mediante red de abastecimiento Ter-Llobregat”.*

*»A la licitación concurren dos agrupaciones. Una encabezada por la Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. (SGAB) y otra encabezada por ACCIONA AGUA, S.A. y el grupo BTG Pactual (ACCIONA-BTG Pactual).*

*»Adjudicado por el órgano de contratación a ACCIONA-BTG Pactual el contrato el 6 de noviembre de 2012, el 23 de noviembre siguiente SGAB interpuso ante el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña (OARCC) el recurso especial en materia de contratación previsto por el artículo 40 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, actuación que anunció también a la Generalidad de Cataluña a la que pidió la suspensión del procedimiento y que no se formalizara el contrato hasta que se resolviera el recurso. Como consecuencia de su interposición se produjo la suspensión automática prevista legalmente (artículo 45 del texto refundido citado), la cual paralizó la formalización del contrato. El 30 de noviembre de 2012 el OARCC alzó la suspensión automática y el 14 de diciembre el Departamento de Territorio y Sostenibilidad de la Generalidad de Cataluña requirió a ACCIONA-BTG Pactual la documentación para la formalización del contrato y, autorizada la operación de concentración por la Comisión Nacional de la Competencia el 21 de diciembre de 2012, el 27 siguiente se procedió a esa formalización y la adjudicataria, según manifiesta, tomó posesión efectiva y comenzó a prestar el servicio el 1 de enero de 2013, que al día de hoy continúa prestando. El 2 de enero siguiente el OARCC estimó en parte el recurso especial de SGAB y excluyó a ACCIONA-BTG Pactual del procedimiento.*

*»Hay que decir también que unas semanas después de la adjudicación y antes de la formalización del contrato se revisó, incrementándola, la tarifa de agua en alta. Impugnada esta actuación por SGAB, la sentencia de 18 de noviembre de 2016 de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña inadmitió su recurso n.º 346/2013 por entender que no implicaba una modificación encubierta de las condiciones del contrato y no apreciar legitimación de la recurrente. Sentencia ya firme al ser inadmitido el recurso de casación interpuesto contra ella por SGAB por providencia de 13 de junio de 2017.*

*»Pues bien, la resolución de 2 de enero de 2013 del OARCC rechazó la pretensión de SGAB de que se considerase a la adjudicataria incurso en prohibición de contratar pero entendió que el contenido de la propuesta técnica de ACCIONA-BTG Pactual en el aspecto relativo al Programa de Ejecución de Obras --por el que se podían atribuir hasta cuatro puntos-- debía comportar su exclusión del procedimiento en vez de suponer una valoración de cero puntos, que es la que le dio el órgano de contratación.*

*»El caso es que el anexo 9, definido en el punto tercero de los pliegos de cláusulas administrativas particulares como “documentació no contractual amb efectes indicatius”, establecía unos períodos de referencia para ejecutar esas obras, siempre dentro de los diez primeros años, y lo mismo hacían los pliegos de prescripciones técnicas. La propuesta de ACCIONA-BTG Pactual, que respetaba este plazo global, sin embargo no se ajustaba a las referencias temporales para, dentro de él, ejecutar las obras sino que las situaba en momentos posteriores a los indicados. Sucede, no obstante, que, antes de presentar su oferta, SGAB solicitó del órgano de contratación, conforme al artículo 133.3 del texto refundido, y a la cláusula 10.1 del pliego, aclaración sobre si eran o no vinculantes el orden y la secuencia de las obras previstas en ese anexo 9, y recibió la respuesta de que sí eran vinculantes. Por tanto, ajustó su oferta a esos orden y secuencia. Además, redujo en tres años el plazo de ejecución.*



»El OARCC explicó en su resolución que

*“(...) el termini de construcció de les obres no pot considerar-se orientatiu, sinó que ha de operar com a un limit maxim, doncs el contrari sería alterar el principi que l’objecte del contracte ha de ser cert i no impedir que puguin existir una adecuada comparació d’ofertes, vulnerant en el cas contrari, el principi d’igualtat del tracte”.*

»Y que

*“(...) malgrat que els períodes de referència es trobin a l’annex 9 --que com hem vist es qualifica con a documentació no contractual--, en el mateix moment que s’entren a valorar no poden tenir en cap cas el sentit d’indicatiu, com al-lega l’organ de contractació”.*

(...)

*“Aquest OARCC aprecia que per a determinar l’abast de si el periode de referència ha d’entendre con a màxims o com a periode indicatiu, ha de tenir-se en compte que en la interpretació dels plecs no pot arribar-se a conclusions que pugin amb l’aplicació dels principis propis de la contractació pública, com la igualtat, la transparència i la concurrencia competitiva (...)”.*

*»Al analizar el informe técnico de valoración de ofertas de 18 de octubre de 2012, se fija que en él se dice que el programa previsto por la agrupación ACCIONA-BTG Pactual no prevé ninguna reducción del plazo de ejecución de las obras previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares (10 años) y modifica la distribución anual de las inversiones “situant algunes actuacions en un horitzó temporal superior al de referencia”. Y observa, también, que en él se dice que el programa de la otra agrupación --la de SGAB-- “preveu una reducció de 3 anys en el termini máxim de ejecució” y que éste es un dato relevante y que, eventualmente, permitiría anticipar la disponibilidad de las nuevas instalaciones así como un análisis detallado del impacto de las obras en la garantía del suministro. Igualmente, recoge de ese*

*informe que sobre la distribución anual de las inversiones apunta que esta otra agrupación “hace algunas modificaciones respecto a la propuesta de referencia, todas ellas de manera justificada y después de un análisis detallado del grado de compatibilidad entre ellas”.*

*»A partir de aquí, la resolución 1/2013 del OARCC recuerda que, precisamente, lo alegado por la recurrente [SGAB] era que “situar “algunes actuacions en un horitzó temporal superior al de referencia” no ha de ser motiu de puntuació de zero punts, sino motiu d’exclusió (...)” pues, si SGAB hubiese sabido que era posible “plantejar les obres en un horitzó temporal superior al de referència, podrien haver proposat una oferta diferent”. Y añade:*

*“Aquest OARCC considera que si es donés el cas que varies empreses haguessin licitat i una d’aquestes hagués situat l’horitzó temporal de les obres en període de referència establert als plecs, aquesta empresa seria mereixedora de zero punts, doncs no millora en res allò establert als plec, però els compleix. Per un simple principi d’equitat, no es podria haver valorat amb zero punts a una empresa que a empitjorat alguns dels horitzons temporals. El principi d’equitat, ens porta a apreciar que no es pot tractar als desiguals de la mateixa manera. Per tant, no es pot donar la puntuació de zero punts a la empresa que ha traspassat els lindars de referència.*

*Examinant a fons l’informe tècnic transcript versus els plecs (...) aquest OARCC considera que el fet de valorar amb zero punts lá oferta técnica d’Acciona que “situa algunes actuacions en un horitzó temporal superior al de referencia”, vulnera els principis d’igualltat, no discriminació i competencia”.*

*»Todavía el OARCC hará estas otras consideraciones:*

*“No se li pot escapar a aquest OARCC el fet que ajornar unes obres es una variant que influeix en la tarifa que aplicarà l’empresa concessionaria. Aceptar que el limit de referència no es vinculant, faria impossible poder comparar dues proposicions que afecten a la tarifa. I es que aquest “pla d’obres” afecta al resultat económic final de l’oferta.*

*Pero, a més a més, aquest OARCC considera que el fet d'ajornar les obres buida o desnaturalitza de contingut l'objecte del contracte (les millors que formen part de l'objecte del contracte). Si s'accepta l'oferta d'Acciona, en tant es cambien les exigències pròpies i definidores de la prestació, conduiria a més a comparar ofertes que difereixen sobre l'objecte, cosa que resulta una evident contravençió, tant del TRLCSP com dels seus principis, com hem exposat en el FJ 5 e".*

*»Pues bien, contra esta resolución del OARCC de 2 de enero de 2013 se han interpuesto tres recursos contencioso-administrativos por parte, respectivamente, de la Generalidad de Cataluña (n.º 14/2013), de Acciona Agua, S.A.-ATLL Concesionaria de la Generalidad de Cataluña (n.º 28/2013) y de Aigües de Catalunya Ltd., sociedad integrada en la agrupación de empresas ACCIONA-BTG-Pactual, (n.º 38/2013). En el curso de los correspondientes procesos, los actores en ellos solicitaron la suspensión cautelar de la resolución impugnada. Denegada por la Sección Quinta de la Sala de Barcelona, sus autos fueron objeto de los recursos de casación n.º 3014, 3017 y 3019/2013 los cuales fueron desestimados, respectivamente, por las sentencias de la Sección Séptima de esta Sala de 23 de octubre de 2014, 22 de enero de 2015 y 5 de noviembre de 2014, respectivamente.*

*»Los tres recursos contencioso-administrativos, tramitados de forma coordinada, han sido estimados en parte por otras tantas sentencias de la Sección Quinta de la Sala de Barcelona dictadas en 22 de junio de 2015. Los términos de la estimación han supuesto la anulación de la resolución del OARCC en la medida en que excluye la oferta de ACCIONA-BTG Pactual -- aunque no se diga expresamente en el fallo de la que es objeto de este recurso de casación y sí en las otras dos-- y también la anulación de la resolución que le adjudicó el contrato. En todos fue parte recurrida SGAB que defendió la conformidad a Derecho de la decisión del OARCC y pidió la declaración de nulidad de la adjudicación.*

*»Contra esas sentencias se han interpuesto, de una parte, por la Generalidad de Cataluña, por Aigües de Cataluña, S.A. y por ACCIONA-AGUA, S.A. y ATLL, Concesionaria de la Generalidad de Catalunya, S.A. y de la otra, por SGAB otros tantos recursos de casación. Se trata, además de éste, de los que llevan los números 2678/2015 y 2682/2015.*

*»Los tres han sido deliberados y resueltos conjuntamente en las mismas fechas indicadas en los antecedentes».*

**CUARTO.-** Planteado así el litigio en la instancia, los razonamientos de la sentencia ahora pueden resumirse en los siguientes términos:

1º Frente al planteamiento de AIGÜES DE CATALUNYA que sostenía la inadmisión de los nuevos hechos controvertidos que planteó SGAB, señala que la pretensión de la demandada era que se desestimase el recurso y se confirmase el acto impugnado y lo que sostiene sobre la nulidad de la resolución de adjudicación del contrato es coherente con su posición procesal, aunque propiamente no corresponda incluir el motivo del recurso en la pretensión.

2º Sobre los motivos de nulidad de la adjudicación que van más allá de los considerados por la OARCC recuerda que el objeto del proceso no es el acto administrativo, que es un requisito de la acción, sino la pretensión y la de SGAB sólo es la defensa de la resolución impugnada y a tal efecto puede aportar los motivos que considere oportunos. Añade que el artículo 33 de la LJCA circunscribe la sentencia a las pretensiones y los motivos alegados por la actora, pero también a los que fundamenten la oposición, luego AIGÜES DE CATALUNYA no tiene el monopolio del debate procesal ni puede limitar los motivos enjuiciables. Añade que el artículo 56 de la LJCA atribuye a las partes libertad de aportación de motivos más allá de los que hubiesen sido planteados en vía administrativa y que los de la SGAB no son nuevos pues se plantearon en vía administrativa. Por tanto, que la resolución impugnada de la OARCC no los abordase no es imputable a la demandada, que no debe verse perjudicada.

3º Seguidamente expone las peculiaridades que para el proceso contencioso-administrativo se derivan del llamado recurso especial previsto en la LCSP y que genera situaciones atípicas en el proceso jurisdiccional. En concreto que, en este caso, uno de los licitadores recurriese ante el OARCC con base en diversos argumentos y tal órgano estimase el recurso por sólo alguno de los motivos, por tanto la SGAB, recurrente en vía administrativa, es ahora la única demandada en el recurso jurisdiccional, de ahí que pueda aportar motivos adicionales para evitar que el tribunal anule la resolución del OARCC sin antes haber considerado los otros motivos planteados en vía administrativa, máxime si al recurrir ante el OARCC se declaró la confidencialidad de una información trascendente como es el grueso de la oferta adjudicataria.

4º Respecto del objeto del proceso la resolución impugnada del OARCC se limita a excluir la proposición de ACCIONA-BTG-Pactual sin analizar la oferta de SGAB y sin pronunciarse sobre la adjudicación del contrato que corresponde al órgano de contratación. Por tanto, el objeto del recurso no es una nueva adjudicación del contrato subsiguiente a la resolución del OARCC ni la admisibilidad de la oferta de la demandada.

5º La *ratio decidendi* se recoge en su Fundamento de Derecho Tercero, expone que para el anexo 9 respecto del plan de obras era indicativo para la demandante AIGÜES DE CATALUNYA, quedando en libertad los licitadores para proponer el calendario de ejecución y sólo era vinculante en cuanto que las obras se ejecutarían en los diez primeros años. Por el contrario SGAB sostuvo el carácter imperativo o vinculante, por lo que la oferta de ACCIONA-BTG-Pactual incumplía el PCAP al modificar el calendario de las obras y situaba la ejecución más allá del plazo establecido en el pliego, tesis aceptada por el OARCC: la naturaleza de la licitación no permitía la presentación de modificaciones en este aspecto (artículos 145 y 147 de la LCSP), lo prohibía el pliego de condiciones y los plazos de ejecución no eran orientativos de forma que el aplazamiento de las obras afecta a la tarifa, desnaturaliza el contrato.

6º Rechaza los argumentos del OARCC pues del PCAP no se deduce carácter imperativo del programa de obras, para lo que cita las cláusulas 3, 10.4 y 35. Sin embargo la aclaración vinculante instada por la SGAB, conforme al artículo 133.3 de la LCSP y a la cláusula 10.1 del PCAP, indujo a confusión, al contestar que el programa de ejecución de obras de los licitadores puede incluir adaptaciones del calendario de las obras, pero que debe respetar el orden y secuencia de las obras que consta en el programa adjunto al proyecto de explotación del pliego de cláusulas.

7º La consecuencia fue que esa respuesta anterior a las proposiciones que era conocida por los licitadores y para ellos vinculante y que se integra en las bases del concurso respecto del grado de vinculación del programa en cuanto a la temporización de las obras, supuso un cambio sustancial respecto del PCAP pues de él no puede deducirse vinculación alguna, ni total ni parcial. Añade que esa verdadera modificación la hizo el Director de servicios del Departamento de Territorio y Sostenibilidad, no el órgano de contratación. Entiende así que incurre en los motivos de nulidad b) y e) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992 en relación con el artículo 115.4 de la LCSP.

8º Añade que siendo lo litigioso los “horizontes temporales de las obras”, la aclaración se excedió, alteró el sentido de las cláusulas administrativas y aun así el concurso siguió de forma que la contradicción entre el PCAP y la aclaración confundió a los licitadores como lo demuestra la disparidad de planteamientos e interpretaciones de las partes y sus peritos, sin que el conflicto pueda resolverse a posteriori por vía interpretativa pues la interpretación deben conocerla los interesados de forma clara y al formular sus ofertas.

9º La consecuencia es que la irregularidad cometida fue trascendente, afectó a todo el proceso contractual haciendo ilegítimo el PCAP por lo que se anula la adjudicación ya que las partes no pudieron formular sus proposiciones con el conocimiento de causa exigible, como exigen los principios de transparencia, publicidad e igualdad (artículo 1 LCSP).

10º Concluye la sentencia exponiendo que el punto en que se introdujo esa confusión no era ni mucho menos tangencial pues la realización de las obras o actuaciones relacionadas en el anexo 9 del PCAP, prescripción técnica 3ª es un aspecto esencial que se integra en el mismo objeto del contrato. A esto añade que la temporización de las obras no es descartable que influya sobre la tarifa inicial, lo que se considera para valorar las ofertas de forma que al desplazarse las obras a años posteriores –como hizo ACCIONA-BTG-Pactual- se obtiene un ahorro el primer año que puede proyectarse en la tarifa media ofrecida.

11º En consecuencia, la sentencia estima parcialmente este recurso en el sentido de que anula la resolución del OARCC en cuanto a la exclusión de la oferta AIGÜES y mantiene la nulidad de la adjudicación impugnada en vía administrativa.

**QUINTO.-** Entrando en los motivos de casación de AIGÜES DE CATALUNYA relacionados en el Antecedente de Hecho Cuarto, debido a la similitud sustancial del planteamiento que sigue respecto de los motivos casaciones planteados por la Generalidad de Cataluña en el recurso de casación 2725/2015, se opta por estar a los pronunciamientos de la sentencia de 20 de febrero de 2018 que se toma como precedente. De esta forma se desestima el primero de los motivos planteados al amparo del artículo 88.1.c) por las siguientes razones:

1º Como señala el Fundamento de Derecho Tercero, punto 3º de la citada sentencia *«la sentencia carece, dice este motivo, de exhaustividad, claridad y precisión y, además, adolece de incongruencia interna por lo que vulnera el artículo 24 de la Constitución. Todo eso se produce porque la Sala de Barcelona, a pesar de estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo de la Generalidad de Cataluña, no anula la resolución del OARCC pero modifica su motivación y su parte dispositiva de manera diferente a como se ha hecho en las sentencias dictadas en los recursos 28 y 38/2013. Por eso, entiende infringidos los artículos 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 33.1 y 67.1 de la Ley de la Jurisdicción. En efecto, la recurrente sostiene que*

*hay contradicción entre el fundamento cuarto de la sentencia --el que rechaza el carácter vinculante del programa de obras-- y su fallo --que no declara la nulidad de la resolución recurrida-- con la consiguiente inobservancia de las reglas de la lógica y de la razón».*

2º Añádase desde la comprensión de lo que es la incongruencia interna como discordancia entre lo razonado y lo resuelto en sentencia, que la sentencia impugnada sigue un razonamiento lógico al calificar el PCAP en el aspecto litigioso como orientativo o no vinculante, de forma que centra la cuestión litigiosa no en que la oferta de la adjudicataria se sujetase al pliego, sino en que desde los principios deducibles del artículo 1 de la LCSP afectados se efectuó una aclaración que introdujo confusión, lo que llevó a propuestas contradictorias en ese punto.

**SEXTO.-** Respecto del motivo Segundo de AIGÜES DE CATALUNYA, también el amparo del artículo 88.1.c) de la LJCA, con él sostiene que lo que pretendió en la instancia la SGAB fue que se desestimase la demanda y que se *«declare en todo caso la nulidad de la Resolución de adjudicación...por ser contraria a Derecho en cuanto seleccionó como adjudicataria una oferta que incumplía los pliegos del contrato»*. Considera AIGÜES DE CATALUNYA que la sentencia impugnada lo estima y lo hace con base a un motivo nuevo y distinto del contenido en el suplico del escrito de contestación, lo que le lleva a considerar que se ha estimado una demanda reconventional, algo no previsto en la LJCA. Pues bien, sobre tal motivo cabe decir lo siguiente:

1º La SGAB sostiene la inadmisión de este motivo porque lo que AIGÜES DE CATALUNYA plantea es, más bien, una discrepancia con la motivación de la sentencia, lo que debe hacerse valer al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA, a lo que se añade que AIGÜES DE CATALUNYA ni alega ni justifica indefensión alguna. Pues bien, así planteado se rechaza la inadmisión porque la recurrente no plantea discrepancia de motivación, sino que la SGAB ha introducido un nuevo objeto procesal y en cuanto a la falta de justificación de la indefensión exigible ex artículo 88.1.c) de la LJCA basta



estar al fondo del motivo para deducir que cumple con la carga procesal de alegarlo.

2º En cuanto al motivo en sí, la sentencia impugnada resuelve dentro del objeto del pleito, esto es, de las pretensiones y lo hace con el alcance de una estimación parcial. De esta forma la sentencia es favorable a AIGÜES DE CATALUNYA pues se anula su exclusión, pero no anula lo que implícitamente venía anulado –la adjudicación- al acordar el ORCC esa exclusión, luego no estima una pretensión novedosa de la SGAB sino que se basa en otra razón, esto es, por la confusión a la que se llevó a los licitadores tras la aclaración hecha conforme el artículo 133.3 de la LCSP.

3º Por tanto, mantiene la nulidad de la adjudicación porque no cabe excluir en este contexto de confusión a ACCIONA-BTG-Pactual, razón por la que no resuelve la adjudicación a su favor y lo hace no por las razones del OARCC sino por las razones que ahora ofrece.

4º En este sentido la sentencia de 20 de febrero de 2018 dictada en el recurso de casación 2725/2015 (Fundamento de Derecho Séptimo, punto 1º), señala lo siguiente:

*«\_es verdad que la demanda es el escrito rector del proceso y que pedía la anulación de la resolución del OARCC. Sin embargo, también es parte en él quien se considera favorecido por la actuación impugnada y desde este punto de vista en el ejercicio de su derecho a la tutela judicial --que también posee la recurrida-- puede pedir lo que a su interés convenga. En este caso, no se puede reprochar a SGAB que solicitara, además de la confirmación de la resolución del OARCC, la declaración de nulidad de la adjudicación del contrato ni se ha de ver en el fallo que efectúa esa declaración la discordancia de la que habla la Generalidad de Cataluña.*

*»Aunque la resolución de 2 de enero de 2013 del OARCC no pronunciara la nulidad de la adjudicación esta es una consecuencia inseparable de su decisión de excluir la oferta de ACCIONA-BTG Pactual. No*

*parece necesario mucho esfuerzo para explicar que no puede pervivir una adjudicación hecha a quien no la podía recibir. La sentencia, por tanto, no incurre en ningún exceso, ya que no añade nada sustancial a lo resuelto por el OARCC, y por eso tampoco da curso a una reconvención. Se limita a acoger en parte las pretensiones de la Generalidad de Cataluña pero, al mismo tiempo, mantiene, insistimos, no añade, una consecuencia implícita en esa resolución si bien por razones diferentes a las que esta manejó pero presentes en todo caso en el debate.*

*»Desde luego, el control judicial no se limita en supuestos como este a la sola resolución que ha sido objeto de recurso. Se extiende también a la actuación administrativa que dio lugar al recurso especial en materia de contratación ya que el acto que lo ha resuelto es inseparable de la actividad en la que surgió la controversia. La sentencia de instancia lo explica correctamente...».*

**SÉPTIMO.-** El motivo de casación Tercero del recurso de AIGÜES DE CATALUNYA, también al amparo del artículo 88.1.c) de la LJCA se basa en la infracción de los artículos 33.1 y 67.1 de la LJCA por incurrir en el vicio de incongruencia por exceso. Tal motivo se desestima pues la sentencia no da a la SGAB más de lo pretendido, sino que lleva lo decidido a sus lógicas consecuencias pues entiende que se está ante un proceso que está enviado por un PCAP respecto del cual se introdujo mediante una aclaración vinculante un factor de confusión. En este sentido baste estar a lo razonado en la sentencia de 20 de febrero de 2018 dictada en el recurso de casación 2725/2015 cuyo Fundamento de Derecho Séptimo, punto 2º), dice lo siguiente:

*«De nuevo hemos de decir que la sentencia no se ha excedido. SGAB había pedido ya en el recurso especial la anulación de la adjudicación del contrato y, tal como acabamos de decir, la resolución de 2 de enero de 2013 la comporta necesariamente. Declararla en el fallo no trae nada nuevo. Es verdad que son razones distintas a las manejadas por el OARCC las que llevan a la sentencia a pronunciar esa nulidad pero esas razones no son ajenas al debate establecido entre las partes. La discusión sobre la naturaleza*

*del programa de obras y del orden y secuencia en que debían realizarse está planteada desde el primer momento. La sentencia da la razón a la Generalidad de Cataluña [aquí AIGÜES DE CATALUNYA] en que el anexo 9 del pliego no tiene carácter contractual sino meramente indicativo pero constata que se ha introducido en un momento capital un elemento de confusión --los términos de la aclaración efectuada por la propia Generalidad de Cataluña-- que vicia la licitación pues afecta al contenido de las ofertas. De ahí que deba mantener la nulidad de la adjudicación y también suprimir la exclusión de ACCIONA-BTG Pactual.*

*»La sentencia no ha empeorado la posición de la Generalidad de Cataluña pues le ha dado la razón sobre el sentido del pliego pero no ha podido confirmar la legalidad de su actuación por la conocida confusión creada por la aclaración y no puede evitar la nulidad de la adjudicación que ya resultaba de la decisión del OARCC. Por lo demás, pretender que solamente cabría hacer valer esa nulidad implícita por las razones expuestas por esa resolución de 2 de enero de 2013 pero no por las consideradas ahora por la Sala de Barcelona, no se ajusta al sentido del control judicial sobre la actuación administrativa ni tiene en cuenta que se viene discutiendo hasta la saciedad sobre el sentido del anexo del pliego y de la aclaración dada al respecto».*

**OCTAVO.-** El motivo de casación Cuarto del recurso de AIGÜES DE CATALUNYA, también al amparo del artículo 88.1.c) de la LJCA se basa en la infracción de los artículos 33.2 de la LJCA al emitir un fallo basado en un motivo de oposición no alegado ni considerado en el proceso. Tal motivo se desestima por las siguientes razones:

1º Ante todo porque carecería de eficacia pues no tendría sentido anular, retrotraer actuaciones para oír sobre el alcance de aclaración cuando las partes ya se han pronunciado, sobradamente, sobre tal cuestión, a lo que se añade la firmeza y reiteración con la que la Sala de instancia se pronuncia, luego es obvio que no alteraría sus razones.

2º Por otra parte basta estar a la demanda y a la contestación para deducir una vez más que lo que se ventiló fue la interpretación del PCAP a raíz de aclaración y lo que sí podría ser novedoso de la sentencia es que mientras que AIGÜES DE CATALUNYA y SGAB entienden que la aclaración procedió de órgano de contratación, la sentencia lo excluye de ahí que se refiera a los motivos de nulidad de los apartados b) y e) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992. Sin embargo esa no es en puridad la *ratio decidendi* exclusiva de la sentencia sino que, al margen de quien resuelva la aclaración, lo determinante para la Sala de instancia es el tenor de la aclaración y lo que supuso respecto de los principios de publicidad y transparencia.

3º Sobre este motivo también se ha pronunciado la sentencia de 20 de febrero de 2018 dictada en el recurso de casación 2725/2015 cuyo Fundamento de Derecho Séptimo, punto 5º), dice lo siguiente:

*«No nos parece que fuera imprescindible que la Sala de Barcelona sometiera a las partes las razones por las que consideraba que debía declarar nula la adjudicación. Visto de manera retrospectiva, observamos que no se nos han ofrecido motivos que no se hubieran esgrimido ya en el pleito. Por tanto, no se advierte el sentido práctico que hubiera tenido oír a las partes al respecto. Debe tenerse presente que se ha insistido sobre el carácter de la aclaración y sobre si el programa de obras posee o no carácter contractual y no hay duda de que la argumentación de SGAB ha descansado en afirmarlo y en las consecuencias que de ello se deducen. En ese contexto, no parece dudoso que la constatación de la existencia de un elemento contradictorio en sí mismo con la naturaleza que la Generalidad de Cataluña, en interpretación confirmada por la sentencia, daba a dicho anexo, nos referimos, naturalmente, a la aclaración, tenía que incidir directamente en la licitación. E, insistimos, no se nos ha ofrecido ningún argumento que hubiera podido llevar a la Sala de instancia, de haber dado audiencia a las partes sobre ello, a una solución distinta de la que tomó».*

**NOVENO.-** Se altera el orden del enjuiciamiento de los motivos de casación de AIGÜES DE CATALUNYA para concluir con los que plantea al

amparo del artículo 88.1.c) de la LJCA y el motivo Sexto se basa en la infracción de los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución y 218.2 de la LEC por falta de motivación al no contener una valoración del material probatorio. Tal motivo se rechaza por las siguientes razones:

1º Ante todo se rechaza la inadmisión que sostiene SGAB basada en que AIGÜES DE CATALUNYA admite que bien podría plantearse este motivo al amparo de los apartados c) o d) del artículo 88.1. de la LJCA. Ahora bien, sin descartar que el motivo no esté exento de confusión -da a entender que es por ambos motivos del artículo 88.1. de las LJCA lo que, en efecto, lo haría inadmisibile- en su desarrollo cabe deducir que se centra en el apartado c), esto es, por ausencia de motivación en cuanto a la valoración de las pruebas.

2º Porque no se trata de que la Sala de instancia hubiere dejado de valorar determinadas pruebas, sino que lo litigioso se plantea en el contraste entre el PCAP, la aclaración vinculante y la consiguiente actuación de los licitadores y lo que la Sala de instancia concluye es que se creó confusión al menos en la SGAB y que eso influyó en su oferta.

**DÉCIMO.-** Finalmente en el motivo de casación Quinto de AIGÜES DE CATALUNYA con base en el artículo 88.1.d) de la LJCA se alega la infracción de los artículos 1 y 139 de la LCSP en cuanto que regulan como principios que rigen la contratación pública los de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos. Tal motivo se desestima por las siguientes razones:

1º En su recurso AIGÜES DE CATALUNYA ataca del Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia impugnada que afirme lo siguiente: *«[la] confusión [...] ha quedado manifiesta en este proceso a la vista de la disparidad de planteamientos e interpretaciones que las partes y sus peritos han aportado sobre el concepto de orden y secuencia de las obra, y que se evidencia en las ofertas si se tiene en cuenta la misma diferencia que se*

*produce entre los licitadores respecto al grado de modificación del programa de obras que van a introducir en sus propuestas».*

2º De este motivo se rechazan los siguientes alegatos de AIGÜES DE CATALUNYA: que la sentencia impugnada venga a sostener que siempre que en un proceso las partes mantengan interpretaciones distintas se vulnera el principio de transparencia, que hay confusión cuando los licitadores hacen ofertas distintas respecto de partes no vinculantes del pliego, que si tales ofertas se producen es porque el carácter no vinculante permite hacer propuestas diversas, que fue la SGAB quien introdujo confusión con una aclaración maliciosa, que el concepto de “orden y secuencia de las obras” no figuraba en los pliegos y que la discrepancia sobre tal punto no era relevante, cuando el artículo 133 de la LCSP exige como presupuesto para las aclaraciones, que se centren en cuestiones relevantes; que respecto de puntuación global sería irrelevante a la vista de la diferencia de puntuaciones y que no hay incidencia respecto de las tarifas ofertadas.

3º Tales alegatos se rechazan porque parten de una premisa errónea, pues la sentencia impugnada no dice que siempre que haya discrepancia en la interpretación de los PCAP se infringen esos principios, sino que la disparidad de criterios vino causada por la actuación administrativa. De esta forma no se critica en este motivo lo que la sentencia excluye sin más, esto es, lo relativo a las especulaciones sobre pensamiento interno del OARCC o sobre la convicción de la SGAB acerca del grado de vinculación.

4º AIGÜES DE CATALUNYA altera los términos del debate y de la sentencia pues la disparidad de criterios no vino por razón de aspectos orientativos que admitan diversas ofertas desde libertad de los licitadores, sino que se basa en una confusión y cabría presumir que de ser claro y terminante el PCAP en el aspecto concernido, la SGAB podría haber planteado otra proposición, en especial en cuanto a la tarifa ofertada. Y en cuanto a la relevancia del punto en que se produce confusión, de nuevo AIGÜES DE CATALUNYA vuelve a hacer presupuesto de la cuestión: como el PCAP era

indicativo, no tiene trascendencia la discrepancia porque algo orientativo no puede ser imperativo.

5º Fuera de esto cabe señalar que la interpretación que hace la sentencia impugnada a favor del carácter orientativo y respecto del contenido de la aclaración, es en buena medida una cuestión de hecho, en especial en cuanto al concepto de “orden y secuencia de las obras” sólo controlable en caso de que incurra en una interpretación arbitraria. Y a tal efecto la cuestión no es tanto si era relevante o no, sino que la aclaración implica la alteración del PCAP, de forma que los principios contractuales en que se basa la sentencia se entienden infringidos cuando unas mismas cláusulas quedan en términos oscuros, lo que conduce a interpretaciones distintas, luego a ofertas distintas.

**UNDÉCIMO.-** En cuanto al recurso de casación interpuesto por la SGABAR, AIGÜES DE CATALUNYA plantea que el recurso se inadmita en su totalidad por la falta de legitimación de la SGAB para impugnar una sentencia que anula la resolución del OARCC en lo relativo a exclusión, pero confirma la anulación del acuerdo de adjudicación lo que le beneficia pues la sentencia da plena satisfacción a su pretensión. Pues bien, para rechazar tal inadmisión basta constatar que le es desfavorable por razón de la estimación parcial pues la estimación en su totalidad del recurso de SGAB llevaría a la exclusión definitiva de ACCIONA-BTG Pactual lo que no se deriva de la sentencia impugnada.

**DUODÉCIMO.-** Entrando a los motivos de la SGAB, todos planteados al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA, se reproduce el Fundamento de Derecho Noveno de la sentencia de 20 de febrero de 2018 dictada en el recurso 2725/2015, que los desestima en los siguientes términos:

**«NOVENO. El juicio de la Sala (III). Tampoco se advierten las infracciones denunciadas por la Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A.**

»En los primeros fundamentos de esta sentencia hemos recogido los hechos relevantes de este proceso tal como los apreciamos a la vista del expediente y de las actuaciones con la única excepción de la referencia a la sentencia de la Sección Quinta de la Sala de Barcelona dictada en el recurso n.º 346/2013 de SGAB que, por otra parte, es un dato público, sin duda conocido por las partes ya que se enfrentaron también en ese litigio al que, además, se refiere expresamente el escrito de interposición de SGAB. Por tanto, no vamos a volver sobre lo sucedido ni tampoco vamos a entrar en las descalificaciones que se cruzan los contendientes en los escritos de interposición y de oposición.

»Prescindiremos, igualmente, del reproche cruzado que se hacen la Generalidad de Cataluña y SGAB de impugnar solamente una parte del fallo de la sentencia recurrida ya que, mientras SGAB pretende recuperar la exclusión de ACCIONA-BTG Pactual, además de mantener la nulidad de la adjudicación del contrato, la Generalidad de Cataluña aspira a que conservemos la eliminación de esa exclusión y a que anulemos la declaración de nulidad de la adjudicación. Las dos, por tanto, mantienen la misma actitud procesal aunque, claro está, en distinta dirección. En fin, conviene recordar que ya hemos rechazado que se produjera, y que la sentencia recurrida acogiera, una suerte de reconvencción.

»Esto supuesto, veamos los motivos de SGAB que, adelantémoslo, tampoco van a prosperar.

»(1.º) SGAB se queja en el primero de sus motivos del desigual trato que le depara la sentencia ya que, al final, deja a ambos licitadores en la misma situación a pesar de que ella fue diligente mientras que la adjudicataria no lo fue y no tuvo en cuenta, al elaborar su oferta, la aclaración dada por la Generalidad de Cataluña. Como quiera que la interpretación del OARCC sobre el anexo 9 del pliego era razonable y, además, goza de una presunción de acierto y legalidad cualificada, no ve este motivo razón por la cual debiera ser anulada la resolución de 2 de enero de 2013.



»No apreciamos la infracción de los principios proclamados en los artículos 1 del texto refundido y 2 de la Directiva 2004/18/CE (ahora artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE) porque inevitablemente se debe advertir la existencia de una contradicción en el procedimiento de licitación ya que, como apunta la sentencia, varias cláusulas del pliego señalan y reiteran que el programa de obras, mejor dicho, el orden y secuencia de su ejecución o, si se prefiere, su calendario, tenían carácter indicativo, orientador, mientras que la aclaración dijo lo contrario, esto es que se trataba de un elemento contractual vinculante. Esa contradicción existe tanto si se comparte la resolución del OARCC como en caso contrario.

»Se ha de recordar que ésta fundamentó la naturaleza contractual del programa en lo que, a su entender, debe considerarse objeto del contrato y en que su certeza exige dar carácter vinculante a ese extremo temporal del programa de obras ya que de lo contrario no se podrían comparar las ofertas. Esta interpretación, establecida al revisar la actuación de la Generalidad de Cataluña, por tanto, contando ya con la aclaración --la cual, desde luego, no es fruto de la elaboración de un razonamiento como el seguido por el OARCC-- choca frontalmente, como la aclaración, con el tenor literal del pliego por lo que no elimina la confusión y no permite apreciar el carácter razonable que SGAB atribuye al parecer del OARCC y a la solución a la que llegó.

»Así, pues, manteniéndose el presupuesto fijado por la sentencia, la existencia de una contradicción susceptible de causar confusión a los licitadores, esa igualdad de condiciones en que ha de producirse la licitación exigía y exige las consecuencias a la que llegó la Sala de Barcelona: suprimir la exclusión de la oferta de ACCIONA-BTG Pactual, que se ajustó a la literalidad del pliego pero también mantener la nulidad de la adjudicación del contrato ya que la oferta de SGAB se atuvo a la aclaración recibida y esto afectó a esa decisión.

»(2.º) Es indudable que las aclaraciones a las cuestiones que los licitadores someten al órgano de contratación sobre el contenido del pliego son vinculantes. La lectura del artículo 133.3 del texto refundido no deja margen

*para decir otra cosa. Esa vinculación, desde luego, es para todos los licitadores pues, como dice el precepto, las aclaraciones han de hacerse públicas en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el proceso de licitación. Precisamente, por esta razón la sentencia concluye que se da una contradicción entre la aclaración y lo que el pliego dice y reitera de manera expresa sobre el sentido orientador de sus indicaciones respecto del período de ejecución de las obras. Contradicción que le lleva a fallar de manera conocida.*

*»La circunstancia de que no fuera impugnada la aclaración por ACCIÓN-BTG Pactual no lleva a la estimación del motivo. Debe tenerse en cuenta que la infracción asociada a dicha falta de impugnación la refiere SGAB a un precepto, el artículo 40.2 a) del texto refundido, relativo a un recurso, el especial, que es potestativo según precisa el apartado 6 de ese artículo. Todo ello, además de que, tal como se viene recordando, el pliego solamente atribuye carácter indicativo u orientador al anexo 9 y la oferta de ACCIONA-BTG Pactual se ajustó a esas indicaciones u orientaciones expresas y reiteradas.*

*»No hay, pues, infracción de los preceptos invocados por SGAB.*

*»(3.º) La cuestión de la competencia para hacer las aclaraciones no incide en el pronunciamiento de la sentencia. En sus fundamentos deja claro que la razón de decidir descansa en la contradicción y confusión tantas veces mencionadas. No habla de la falta de competencia del Director de Servicios del Departamento de Territorio y Sostenibilidad para ofrecerlas aunque ponga de manifiesto que, efectivamente, quien responde no era el órgano de contratación. Tiene aquí razón la Generalidad de Cataluña cuando dice que no se puede reprochar a la sentencia algo que no ha hecho de manera que el motivo ha de decaer.*

*»La desestimación de los motivos de casación interpuestos por SGAB impide, por lo demás, acoger tanto su petición principal cuanto la subsidiaria ya que solamente de haber apreciado alguna de las ilegalidades imputadas a*

*la sentencia podríamos entrar, previa anulación de la misma y ya como jueces de instancia, en la controversia en los términos en que apareciere planteado el debate tal como prescribe el artículo 95.2 d) de la Ley de la jurisdicción. No habiendo llegado a ese punto, no cabe atender tampoco la pretensión subsidiaria, por lo que debemos desestimar el recurso de casación en su integridad»*

**DECIMOTERCERO.-** A tenor de lo establecido por el artículo 139.2 de la LJCA, no se hace imposición de costas ya que ambas partes tienen la condición de recurrentes y de recurridas y se desestiman ambos recursos de casación sin que se adviertan razones para establecer diferencias entre ellos y los correspondientes escritos de oposición.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

**PRIMERO.-** Desestimar los recursos de casación interpuestos con el n.º 2682/2015 por **AIGÜES DE CATALUNYA, LTD** y por la **SOCIEDAD GENERAL DE AGUAS DE BARCELONA, S.A.**, contra la sentencia 388/2015, de 22 de junio de 2015, dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y recaída en el recurso 38/2015.

**SEGUNDO.-** No se hace imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.



**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.