

RECURSO CASACION núm.: 2678/2015

Ponente: Excmá. Sra. D.^a María del Pilar Teso Gamella

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Cuarta
Sentencia núm. 279/2018

Excmos. Sres. y Excmá. Sra.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D.^a. 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 nº 2678/2015, interpuesto por las siguientes partes procesales. **1.-** Por Procuradora de los Tribunales Dña. Consuelo Rodríguez Chacón, en nombre y representación de la Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. (SGAB). **2.-** Por la Procuradora de los Tribunales Dña. Gloria Messa Teichman, en nombre y representación de Acciona Agua, S.A., y de ATLL Concesionaria de la Generalitat de Cataluña, S.A.. Recursos interpuesto contra la Sentencia de 22 de junio de 2015, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en recurso contencioso-administrativo nº 28/2013, sobre contratación administrativa.

Se han personado como partes recurridas, respectivamente, la citada Procuradora de los Tribunales Dña. Gloria Messa Teichman, en nombre y representación de Acciona Agua, S.A., y de ATLL Concesionaria de la Generalitat de Cataluña, S.A., respecto del recurso interpuesto por la Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. (SGAB). Y la Procuradora de los Tribunales Dña. Consuelo Rodríguez Chacón, en nombre y representación de la Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. (SGAB), respecto del recurso interpuesto por Acciona Agua, S.A., y de ATLL Concesionaria de la Generalitat de Cataluña, S.A.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María del Pilar Teso Gamella.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, se ha seguido el recurso contencioso administrativo, interpuesto por Acciona Agua, S.A. y ATLL Concesionaria de la Generalidad de Cataluña, contra la Resolución 1/2013, de 2 de enero, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña, que resuelve el recurso especial en materia de contratación formulado por la Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A contra la Resolución de adjudicación del contrato de gestión del servicio de abastecimiento de agua en alta Ter-Llobregat del Departamento de Territorio y Sostenibilidad.

SEGUNDO.- La expresada Sala de lo Contencioso-administrativo dicta Sentencia, de 22 de junio de 2015, cuyo fallo es el siguiente:

<<Primero.- Estimar parcialmente el recurso interpuesto por ACCIONA AGUA, S.A., y ATLL CONCESIONARIA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, S.A., 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 mentada sentencia se preparó recurso de casación ante la Sala de instancia, y elevados los autos y el expediente administrativo a este Alto Tribunal, la parte recurrente interpuso el citado recurso de casación, y una vez admitido por la Sala, se sustanció por sus trámites legales.

CUARTO.- En el escrito de interposición del recurso, presentado el día 5 de octubre de 2015, la parte recurrente "Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A.", solicita se case la sentencia recurrida en cuanto que se estima parcialmente el recurso contencioso administrativo, y en su lugar se desestime íntegramente el mismo por ser la resolución 1/2013 plenamente ajustada a Derecho. Subsidiariamente, para el caso de no acordar la conformidad a derecho de la citada resolución, se otorgue tutela judicial efectiva a dicha parte resolviendo sobre el fondo y confirmando la nulidad del acuerdo de adjudicación de contrato (de 6 de noviembre de 2012).

Por su parte, la representación procesal de Acciona Agua, S.A y de ATLL Concesionaria de la Generalidad de Cataluña, en su escrito de interposición, presentado el 5 de octubre de 2015, solicita se dicte sentencia estimatoria del recurso, casando y revocando la anulada con los efectos previsto en el art. 95.2LJCA, y en el caso que se proceda a resolver sobre el fondo, estime el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña 1/2013, de 2 de enero.

QUINTO.- Conferido trámite de oposición al recurso de casación mediante diligencia de ordenación de 27 de enero de 2016, a las partes recurridas, por la representación de "Acciona Agua S.A." y de "ATLL Concesionaria de la Generalidad de Cataluña, S.A", se presenta escrito con fecha 10 de marzo de 2016 solicitando se estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto por dicha parte tal como se ha solicitado en el recurso interpuesto simultáneamente contra la referida sentencia.

La representación procesal de "Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A.", en su escrito de oposición presentado el 7 de marzo de 2016, solicita se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente el recurso interpuesto por la otra parte recurrente.

SEXTO.- Por providencia de 18 de diciembre de 2017, se señala para votación y fallo el día 6 de febrero 2018.

SÉPTIMO.- En la fecha señalada comenzó la deliberación del presente recurso, junto a los recursos nº 2682/2015 y nº 2725/2015 que concluyó el día 13 de febrero de 2018. Entregada la sentencia por la magistrada ponente el día 14 de febrero de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que se impugna estimó en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Acciona Agua, S.A., y de ATLL Concesionaria de la Generalitat de Cataluña, S.A., interpuesto contra la Resolución de 2 de enero de 2013 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña, que resuelve el recurso especial en materia de contratación formulado por la Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., contra la Resolución de adjudicación del contrato de gestión del servicio de abastecimiento de agua en alta Ter-Llobregat del Departamento de Territorio y Sostenibilidad.

La estimación en parte del recurso se traduce en la anulación de la resolución impugnada del citado Órgano Administrativo de Recursos Contractuales en la medida que excluye la oferta presentada por el grupo Acciona Agua, S.A., y confirma la anulación del acuerdo de adjudicación del expresado contrato de gestión del servicio de abastecimiento de agua. De modo que los recursos interpuestos por las partes recurrentes se centran,



como es natural, en impugnar lo declarado por la sentencia en la parte que perjudica la posición mantenida en la instancia por cada una de ellas.

SEGUNDO.- El recurso de casación interpuesto por la representación de la Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., se articula, al amparo del artículo 88.1.d) de nuestra Ley Jurisdiccional, sobre los tres motivos siguientes.

El primero, por infracción de los principios básicos de la contratación, especialmente los de transparencia e igualdad del art. 1 TRLCSP y art. 2 de la Directiva 2004/18/CE (actualmente art. 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 (art. 86.1 TRLCSP) en relación con el 133.2 TRLCSP y por resimisión de este, con el art. 131.1 del TRLCSP); y vulneración de la jurisprudencia de esa Sala (STS de 23 de octubre de 2014) casación 3014/2013) sobre la cualificada presunción de legalidad y acierto de la resoluciones del órgano de recursos contractuales por la función que le otorga el legislador europeo y español. Todo ello en relación con los artículos 106.1CE 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 SA".

El segundo, por infracción de los principios básicos de la contratación, en particular los de transparencia e igualdad del art. 1 TRLCSP y la jurisprudencia que los ha interpretado, especialmente la que incoha la propia sentencia recurrida (STS de 11 de octubre de 2012, rec. casación 3253/2009 y STJEU de 24 de enero de 2008 -asunto C-532/06), así como los artículos 133 (especialmente su apartado 3º y 40.2.a del TRLCSP, 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.

Y el tercer motivo, por vulneración del artículo 133.3 del TRLCSP así como los artículos 62.1.b) 63.2 y 67.3 de la LRJAP, 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.

TERCERO.- El recurso de casación interpuesto por la representación de Acciona Agua, S.A., y de ATLL Concesionaria de la Generalitat de Cataluña, S.A., se fundamenta sobre catorce motivos, los motivos primero, segundo, tercero, quinto, sexto, séptimo, octavo y décimo, por el cauce procesal del artículo 88.1.c) de la LJCA, y los restantes al amparo del artículo 88.1.d) de la misma Ley. Denunciando las siguientes infracciones.

El motivo primero, por infracción del artículo 24.2 de la CE, sobre el derecho al juez predeterminado por la Ley.

El segundo, con infracción de los artículos 33.1 y 67.1 LRJCA y 218.1 LEC, al conceder la sentencia más de lo pedido y, además por causas distintas a las pedidas por la partes.

El tercero, por infracción de los artículos 28,33.1, 67.1 y 69.c) LRJCA y 218.1 y 247.2 LEC.

El cuarto, sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativo y la resolución de adjudicación del contrato, previsto en los artículos 28, 69 y 70 LRJCA.

El quinto, por falta de motivación de la sentencia, con infracción de los artículos 24 y 120CE y 218.2 LEC.

El sexto, por incongruencia de la sentencia , sobre la anulación de la adjudicación, con vulneración de los artículos 33.1 y 67.1 LRJCA.

El séptimo, por lesión del artículo 33.2 LRJCA al no plantear la tesis a las partes.

El octavo, por vulneración de los artículos 24 y 120 CE y 218.2 LEC por falta de motivación de la sentencia.

El noveno, por infracción de los artículos 24 y 120.3 CE, en relación con los artículos 319.2, 326, 348 y 209 LEC y 67 LRJCA, por falta de valoración de la prueba.

El décimo, por infracción de los artículos 56.4 LRJCA y 270 y 271 LEC y 24 y 120 CE.

El décimo primero, por vulneración de los artículos 133.3 TRLCSP, en relación con los artículo 1 y 139 TRLCSP y 1281, 1282 y 1288 CC.

El décimo segundo, por infracción del artículo 348 LEC y de la jurisprudencia de aplicación.

El décimo tercero, por infracción del artículo 217 LEC.

Y el décimo cuarto, por infracción del artículo 1 y 139 TRLCSP, en relación con el artículo 14 CE.

CUARTO.- El presente recurso de casación es sustancialmente igual al recurso de casación nº 2725/2015, en el que dictamos Sentencia de fecha 20 de febrero de 2018, por lo que debemos ahora reiterar lo allí declarado, por elementales razones de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la CE) e igualdad en

la aplicación de la Ley (artículo 14 de la CE). Teniendo en cuenta que el citado recurso de casación nº 2725/2015 ha sido deliberado conjuntamente con el presente recurso y con el recurso de casación nº 2682/2015.

En la expresada sentencia señalamos, respecto de los términos del litigio, que <<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 concurrieron 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'indicatius, 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 concurrència 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 transcrit 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’igualtat, 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 límit 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 econòmic 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 millores 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. >>. Y en relación con el contenido de la sentencia, declaramos que << Para justificar su fallo, la Sala de Barcelona comienza explicando que el control judicial que está llamada a ejercer se extiende no sólo a la resolución del OARCC, que es el objeto inmediato del recurso, sino también a la actuación administrativa en el marco de la que se ha producido esa resolución. A este respecto, señala que, de anularse el pronunciamiento del OARCC, que favorece a SGAB y, por tanto, no ha impugnado, se le causaría indefensión de no entrar en las demás cuestiones que suscitó en su recurso especial. Apoya este planteamiento recordando que la anterior Ley de la Jurisdicción preveía expresamente la posibilidad de deducir recurso contencioso-administrativo indistintamente contra el acto objeto del recurso de reposición y el que lo resuelve de manera expresa o por silencio.

Explica, después, que no se ha considerado necesario traer a este proceso las pruebas practicadas en los que llevan los números 28 y 38/2013 porque existen en los autos elementos suficientes para decidir el pleito al margen de que los tres se han tramitado y resuelto de manera coordinada.

Aclarados esos extremos, la sentencia dice que no comparte la razón por la cual el OARCC excluyó la oferta de ACCIONA-BTG Pactual. Apunta que en un proceso de concurrencia competitiva como éste “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 (...). Resulta perfectamente posible, añade, “que se valoren aspectos sujetos a la libre decisión de los participantes o a la distinta situación en que estos 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 estas se admitan”. Por esas razones, concluye, “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”.

A partir de aquí, reproduce la cláusula 3.ª de ese anexo del pliego en la que se relaciona la documentación contractual, de la que excluye expresamente el anexo 9 y precisa su carácter indicativo. Asimismo, recoge la cláusula 10.4 en la que se dice que las previsiones incluidas en el plan económico-financiero son orientativas y la cláusula 35.ª según la cual las obras se han de ejecutar dentro de los diez primeros años del contrato.

Ahora bien, la sentencia se fija igualmente en la respuesta ofrecida por la Administración de la Generalidad al responder a las solicitudes de aclaración que le dirigieron los licitadores, aclaraciones que, subraya, según el artículo 133.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, son vinculantes y de acuerdo con la cláusula 10.1 del pliego “s’han de fer publiques de manera que es garanteixi la igualtat i la concurrència en el procés de licitació, ajustant la seva actuació al principi de transparència”. En concreto, recuerda que SGAB pidió que se aclarase si el programa de obras contemplado en el anexo 9 tenía o no carácter vinculante y reproduce la pregunta que fue ésta:

«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 la adaptació del calendari proposat però s’haurà de respectar en tot cas l’ordre i seqüència de les obres».

La respuesta de la Administración, emitida por el Director de Servicios del Departamento de Territorio y Sostenibilidad, también reproducida por la sentencia --que advierte que no era el órgano de contratación-- fue ésta:

«Sí, es confirma».

En este punto, central en el debate entablado en el proceso, sobre el que la Administración mantiene que la vinculación se refiere sólo a las obras que estén relacionadas entre sí mientras que SGAB entiende que se proyecta sobre el conjunto de las mismas y supone un orden de prioridad en su ejecución alterado por ACCIONA-BTG Pactual, que desplaza al final del plazo de diez años un importante número de actuaciones, la sentencia ofrece su conclusión de que la respuesta se refiere al conjunto de las obras. Es decir, supone la necesidad de que se respete en sus términos esenciales la programación prevista. Argumenta que ha de entenderse así la aclaración porque “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”.

La consecuencia inevitable a la que conduce el discurso de la Sección Quinta es la de que existe una contradicción entre el pliego y la aclaración vinculante. Tal discordancia, precisa la sentencia, afecta a uno de los elementos esenciales del contrato y, además, se produjo en un momento capital del procedimiento de contratación: antes de la formulación de las ofertas por los licitadores. De ahí que vea afectados sustancialmente los principios de publicidad, transparencia, igualdad y concurrencia pues esos licitadores “no tuvieron cabal conocimiento del verdadero alcance de las prescripciones del contrato en orden a programar la ejecución de las obras”.

Por eso, la sentencia considera que debe confirmar la anulación del acuerdo de adjudicación del contrato efectuada por el OARCC aunque, ahora, por motivos distintos a los expuestos en la resolución de 2 de enero de 2013.

Anulación, explica, que si no fue dispuesta en la parte dispositiva de esta última, resulta claramente implícita “en la medida en que resulta consustancial con la exclusión del licitador que obtuvo la adjudicación del contrato”. Así, pues, como quiera que la infracción de los principios de publicidad y transparencia afecta a la fase de aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares y a sus aclaraciones, la consecuencia de aquella -- continúa diciendo la sentencia-- “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”.

Termina la sentencia señalando que esa solución no contradice la regla de que no cabe impugnar cuando se discute el acuerdo de adjudicación unos pliegos de condiciones consentidos salvo causa de nulidad de pleno Derecho. No hay contradicción, dice, porque no se anula el contenido del pliego sino el procedimiento por la discordancia producida con la respuesta a la solicitud de aclaraciones que ha producido el efecto antes indicado. Y sobre las alegaciones de SGAB que no fueron consideradas por el OARCC dice que, habiéndose formulado con carácter subsidiario y refiriéndose a la valoración de la oferta de ACCIONA-BTG Pactual, no es preciso abordarlas una vez decidida la anulación de la adjudicación del contrato por un vicio surgido en una fase anterior>>.

QUINTO.- Seguidamente analizaremos los tres motivos de casación que aduce la recurrente Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., que han de ser desestimados, en atención a las razones que ya expresamos nuestra Sentencia de fecha 20 de febrero de 2018, dictada en el recurso de casación nº 2725/2015, antes citada.

Allí declaramos, y ahora debemos insistir, que los motivos de dicha Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. no podían prosperar por lo



siguiente: <<(1º) 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>>.

SEXTO.- Respecto de los catorce motivos que invoca Acciona Agua, S.A, y Atll Concesionaria de la Generalitat de Cataluña, S.A., también debemos adelantar que no pueden tener favorable acogida, en atención a las razones que seguidamente expresamos.

El motivo primero considera que se ha vulnerado la garantía procesal, que establece el artículo 24.2 de la CE, el derecho al juez predeterminado por la Ley. Se sostiene que procede la recusación formulada contra el magistrado ponente de la sentencia impugnada. Y la razón de su apartamiento del proceso se basa en que dicho magistrado participó como *relator* en un seminario organizado por la Fundación Aguas de Barcelona, y a resultas del mismo se publicó el libro “*el precio del agua: aspectos jurídicos y financieros en la gestión urbana del Agua en Barcelona*”. Teniendo en cuenta que se estimó la abstención de otro magistrado que había participado en “*seminarios y conferencias retribuidos por la SGAB o por la misma Fundación Aguas de Barcelona*”.

Ciertamente para la salvaguarda del juez predeterminado por la Ley, que garantiza el artículo 24.2 de la CE, los magistrados no pueden ser apartados del conocimiento de un asunto concreto por una tímida sospecha de parcialidad, al socaire de la invocación del artículo 219.9ª de la LEC, que regula el caso de la amistad cualificada, pues ha de ser necesariamente “íntima”.

Es preciso, por tanto, que existan dudas objetivamente justificadas y evidenciadas, que no se compadecen con la exposición de una ponencia en un seminario o la coordinación de un libro. Dicho de otro modo, estas dudas deben sustentarse sobre circunstancias objetivas que permitan aseverar, fundadamente, que el magistrado no es ajeno a esa causa o pongan de manifiesto un temor fundado a que no va a utilizar como único criterio de su juicio el previsto por el ordenamiento jurídico, su sometimiento a la Ley y al Derecho, sino otras consideraciones ajenas a esa estricta aplicación del Derecho. Tampoco, en fin, puede asimilarse el caso de abstención que refiere la parte, con la recusación por una parte procesal, atendido el componente subjetivo que puede concurrir en el primero.

Es cierto que en este ámbito las apariencias son muy importantes, porque lo que está en juego es la confianza que los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos, pero por ello, precisamente, no basta con la invocación de conjeturas o sospechas sobre su imparcialidad basadas en el mero temor de quien recusa, desvinculado de esas circunstancias reveladoras y objetivas que deben concurrir. Es preciso que dicho temor se concrete, en definitiva, en algo más, no necesariamente hechos acreditativos, sino que basta con datos justificados y relevantes, que tengan la consistencia necesaria para entender comprometida la imparcialidad.

Esta justificación no se advierte en este caso pues, a los efectos de la norma que se invoca en casación como infringida, artículo 24.2 de la CE, la abstención de otro magistrado en una situación no igual a la del recusado, no supone ni la vulneración, menoscabo o afectación de ese derecho fundamental. Esta Sala en supuestos similares al ahora examinado, ha

desestimado las recusaciones formuladas, por todos, Autos de 19 de junio de 2009, recaídos en los recursos contencioso administrativos nº 60 y 107 de 2007. Y recientemente, Autos del Pleno de la Sala de 7 de febrero de 2018, recaídos en los recursos de casación nº 1921/2015 y 1998/2016.

SÉPTIMO.- Los siguientes motivos, segundo al décimo cuarto, serán examinados según el cauce procesal empleado. De modo que, en términos generales, analizaremos, en primer lugar, los motivos invocados al amparo del artículo 88.1.c) de la LJCA. Y después los restantes motivos, alegados al amparo del artículo 88.1.d) de la misma Ley.

Los motivos segundo, tercero, quinto, sexto y séptimo, alegan la incongruencia y la falta de motivación de la sentencia. Se considera que la sentencia se ha excedido al dar más de lo pedido por las partes, resolviendo sobre una reconvención, pronunciándose sobre la resolución de adjudicación del contrato que no fue impugnada. Por lo que es incongruente y falta de motivación, toda vez que la impugnación de la adjudicación no está implícita y la anulación de la resolución del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales no comporta la de la adjudicación.

Estos motivos, que abordan desde diferentes ángulos cuestiones coincidentes con las que resolvimos, en sentido desestimatorio, en la Sentencia ya citada de fecha 20 de febrero de 2018.

Allí señalamos y ahora debemos insistir que <<(1º) No advertimos en el primero la defectuosa formulación que le atribuye SGAB pero tampoco entendemos que la sentencia haya acogido una suerte de reconvención de esta última.

Efectivamente, la Generalidad de Cataluña era la recurrente y 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. Así, pues, no se han infringido los artículos 33.1 y 67.1 de la Ley de la Jurisdicción y 24 de la Constitución.

(2.º) 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 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.

Tampoco por estas razones se han infringido los artículos 33.1 y 67.1 de la Ley de la Jurisdicción ni el artículo 24 de la Constitución.

(3.º) No puede reprocharse seriamente a la sentencia falta de exhaustividad claridad y precisión, ni incongruencia interna. Su lectura revela justamente lo contrario. Es perfectamente posible acoger en parte el recurso de la Generalidad de Cataluña, anular la exclusión de la oferta de ACCIONA-BTG Pactual y mantener la nulidad de la adjudicación del contrato. Precisamente, porque no puede confirmar la legalidad de la actuación impugnada, la sentencia estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo. Por otra parte, no revela incoherencia reconocer que el pliego en el extremo discutido no es vinculante y no anular la resolución del OARCC porque aunque la sentencia no disponga esa anulación, al eliminar la exclusión de la oferta de la adjudicataria la comporta en ese particular. No advertimos la

vulneración del artículo 24 de la Constitución invocada ni omisión de las reglas de la lógica y de la razón sino, como hemos dicho antes, claridad y coherencia.

(4.º) Es menester destacar que la razón de decidir de la sentencia descansa en la contradicción entre el sentido del anexo 9 del pliego y el de la aclaración, no discutida, dada por la Administración catalana sobre el carácter vinculante del orden y secuencia del programa de obras. La propia recurrente, al oponerse al recurso de casación de SGAB, nos remite a los folios 570 y 571 del expediente en los que se reconoce que las ofertas de las dos licitadoras diferían en el orden y secuencia de las obras y que esa diferencia repercutía en las inversiones correspondientes y en la reducción en tres años del plazo de ejecución en la de SGAB. Esas apreciaciones fueron recogidas ya por el OARCC en su resolución y proceden del informe técnico emitido por la Administración sobre ellas. Por tanto, no parece aventurado concluir que la aclaración tuvo consecuencias en aspectos no accidentales de la licitación. Hay fundamento en el expediente para establecer esta conclusión y la sentencia lo explica de manera suficiente.

No hay, pues, infracción del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ni de los artículos 24 y 120.3 de la Constitución.

(5.º) 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.

Debe excluirse, por tanto, la infracción del artículo 33.2 de la Ley de la Jurisdicción.

(6.º) Si se tiene en cuenta que la Sala de Barcelona ha tramitado y resuelto el recurso contencioso-administrativo n.º 14/2013 de manera coordinada con los recursos n.º 28 y 38/2013 y que ha dictado sentencia en los tres en la misma fecha, el reproche de este motivo pierde toda su fuerza porque en ese proceder no ha podido ignorar los elementos de prueba a su disposición. Entre ellos los dictámenes a que se refiere la Generalidad de Cataluña>>.

Tampoco puede prosperar el motivo cuarto, que denuncia la infracción de normas del ordenamiento jurídico, por el cauce del artículo 88.1.d) de nuestra Ley Jurisdiccional, en concreto sobre el carácter revisor de esta jurisdicción, toda vez que las razones anteriormente expuestas ponen de manifiesto que el acto de adjudicación fue recurrido por la contraparte, y la exclusión, que acuerda, de la mercantil Acciona Aguas, S.A. del procedimiento, no se entiende sin la invalidez de la adjudicación, sobre lo que ya hemos insistido, al declarar que se ha viciado la licitación al haberse afectado el contenido de las ofertas.

OCTAVO.- Los motivos octavo y noveno, invocados respectivamente al amparo del artículo 88.1.c) y 88.1.d) de la LJCA, tampoco pueden tener favorable acogida. Así es, la lesión de los artículos 24 y 120 de la CE y 218.2 de al LEC, por un lado, y de los artículos 67 de la LJCA y 219.2, 326, 348 y 209 de la LEC, por falta de motivación de la sentencia, al no hacer mención a las pruebas admitidas y practicadas.

Pues bien, bastaría para la desestimación de este motivo con señalar que la razón de decidir de la sentencia se basa en razones de índole jurídico,

ajenas al sustrato fáctico en el que se desenvuelve la prueba practicada en el proceso. De modo que no puede tildarse de inmotivada una sentencia cuando la “ratio decidendi” se sustenta únicamente sobre razones de carácter jurídico, y por esa razón no se alude a la prueba practicada.

Pero es que, además, el motivo noveno resulta contradictorio con el motivo octavo, pues esa denunciada ausencia de valoración de prueba que se aduce en el motivo octavo, para justificar lo inmotivado de la sentencia, comporta que no se hayan podido vulnerar las normas reguladoras sobre la fuerza probatoria de los documentos públicos, de los documentos privados, o sobre la valoración de los dictámenes periciales (artículos 219.2, 326, 348 de la LEC), pues la Sala, según su propio alegato, no se ha adentrado en ese territorio. Téngase en cuenta, además, que el motivo noveno, invocado al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA, señala que *“la Sala ni siquiera razona por qué se prescinde de la valoración que resulta de estos medios de prueba”*, por lo que se está denunciando, debido a esa mezcla de cauces procesales, una falta de motivación de la sentencia por un cauce inadecuado, pues los quebrantamientos de forma por infracción de las normas reguladoras de la sentencia tienen el cauce previsto en el apartado c), y no el apartado d), del artículo 88.1 de la LJCA.

NOVENO.- El motivo décimo, invocado por el cauce procesal del artículo 88.1.c) de la LJCA, por infracción de garantías procesales, al no haberse admitido un documento presentado con el escrito de conclusiones, ha de ser igualmente desestimado.

En efecto, el escrito de conclusiones está concebido para que partes presenten unas alegaciones sucintas acerca de los hechos, la prueba practicada y los fundamentos jurídicos en que apoyen sus pretensiones, ex artículo 64.1 de la LJCA. Pero no para introducir ni nuevos motivos de impugnación ni nuevos elementos de prueba. En el escrito de conclusiones, advierte el artículo 65 de la LJCA, no podrán plantearse cuestiones que no hayan sido suscitadas en los escritos de demanda y contestación.

Téngase en cuenta que dicho trámite se realiza, precisamente, tras la prueba, para que sea valorada por las partes procesales, toda vez que tras las conclusiones el Tribunal declarará que el pleito ha quedado concluso para sentencia, por lo que se trata de evitar un desequilibrio procesal que propicie zonas de la indefensión.

Las razones expuestas se fundan, también, en lo dispuesto en el artículo 56 de la LJCA, pues se han de acompañar con la demanda y la contestación los documentos en que directamente funden las partes su derecho, ex artículo 56.3 de la LJCA. Por ello se declara, en el artículo 56.4 de la LJCA, cuya lesión se aduce en casación, que después de la demanda y contestación no se admitirán a las partes más documentos que los que se hallen en alguno de los casos previstos para el proceso civil. Añadiendo que no obstante, el demandante podrá aportar, además, los documentos que tengan por objeto desvirtuar alegaciones contenidas en las contestaciones a la demanda y que pongan de manifiesto disconformidad en los hechos, pero siempre con una limitación temporal, precisamente para evitar la indefensión a que antes aludimos, y es que se aporten “*antes de (...) conclusiones*”.

Por lo que no podemos entender vulnerados los artículos 270, 271 de la LEC, 56.4 de la LJCA y 24 y 120 de la CE.

DÉCIMO.- En relación con los motivos décimo primero, décimo segundo, décimo tercero y décimo cuarto, que se aducen por el cauce procesal del artículo 88.1.d) de la LJCA, debemos recordar nuevamente lo declarado en la tan citada Sentencia del recurso de casación nº 2725/2015, pues << (7.º) *A diferencia de lo que hace en el resto del escrito de interposición, la Generalidad de Cataluña no se extiende a la hora de desarrollar este motivo. Dice que la sentencia ha infringido el artículo 1 del texto refundido. Este precepto proclama los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad, transparencia de los procedimientos e igualdad de trato para todos los licitadores. Es verdad que a lo largo de las 151 páginas en que se plasma su recurso de casación, la Generalidad de Cataluña insiste en que su actuación en este procedimiento se ha ajustado plenamente al*

ordenamiento jurídico y cumplido escrupulosamente las prescripciones, entre otras disposiciones generales, del texto refundido. Sin embargo de ahí no se sigue que la sentencia deba ser anulada.

Al contrario, la sentencia se ha preocupado de que la igualdad entre los licitadores, la publicidad y la transparencia del procedimiento sean efectivas. Por eso, advertida una confusión relevante, resolvió en consecuencia.

Dicho esto, a falta de más elementos concretos se impone la desestimación de este motivo.

(8.º) El artículo 133.3 del texto refundido que, nos dice la Generalidad de Cataluña, habría infringido la sentencia es terminante sobre las aclaraciones solicitadas por las partes. Mejor dicho sobre el valor que tienen. No deja lugar a dudas sobre su carácter vinculante para todos los licitadores. La recurrente no lo discute pero nos dice que las aclaraciones han de versar sobre los pliegos y que el orden y secuencia de las obras no formaban parte de ellos. Es más, dice que estos conceptos los introdujo SGAB en su pregunta. Así, pues, la respuesta dada a SGAB no podría vincular a los licitadores. Ahora bien, sucede que el programa de obras figura en el anexo 9 del pliego y que en ese anexo se establecen unos períodos para realizar, dentro de los diez primeros años de contrato, las obras correspondientes. Por tanto, sostener que la cuestión es ajena al pliego supone separar artificialmente un elemento que sólo tiene sentido dentro del contexto en que se produce.

Descartada esa aproximación y partiendo de que la aclaración vinculó a los licitadores, ya hemos dicho antes y repetiremos ahora que no es cierto que la pregunta y la respuesta fueran triviales pues se referían a cómo se debía plantear la oferta y la aclaración tuvo efectos concretos pues llevó a que SGAB la formulara en unos términos ajustados a la contestación que obtuvo, la cual, insistimos, también obligaba a la otra licitadora. Esa adaptación ha conllevado, ya lo sabemos pues se ha dicho repetidamente por SGAB y así resulta del expediente, no sólo unos tiempos más breves en la ejecución, tres

años menos, sino una repercusión en el ritmo de las inversiones y en su proyección sobre la tarifa. No parecen aspectos irrelevantes.

(9.º) El último de los motivos de la Generalidad de Cataluña relaciona la, para ella, escasa o nula relevancia de la cuestión del orden y secuencia de las obras con la respuesta o consecuencia jurídica que ha de merecer la interpretación del anexo 9 del pliego y de la aclaración. Afirma que es excesiva la nulidad de la adjudicación del contrato porque había soluciones menos gravosas y, a la vez, más coherentes con el principio de conservación de los actos al cual asocia el criterio restrictivo sobre la comunicación de los vicios de nulidad a otros actos distintos del afectado por ella. Otra vez hemos de decir que no coincidimos con la recurrente en que fuese irrelevante la controversia porque, tal como hemos dicho, se centra en aspectos que afectan al contenido de las ofertas y se ha traducido en diferencias apreciables entre ellas. Descartada, pues la irrelevancia o escasa importancia que, según la Generalidad de Cataluña, habría que atribuir al orden y secuencia de las obras y a sus repercusiones sobre la oferta económica, desaparece el presupuesto sobre el que se ha construido este motivo que, como los anteriores, debe ser desestimado. No se han infringido por la sentencia los artículos invocados de la Ley 30/1992>>.

Por lo demás, las referencias a las fórmulas de expresión que emplea la sentencia, como la referente a que “no se puede descartar”, carecen de entidad para arrumbar, por si sólo y en los términos en que se formula, el contenido de la misma en casación. Dicho de otro modo, para casar y anular la sentencia. Las expresiones de la sentencia, con mayor o menor fortuna, resultan congruentes con su contenido, y lo relevante es que en estos motivos no ataca la razón de decidir de la sentencia, que es lo que corresponde a un recurso de casación.

En relación con los diferentes informes, y el valor probatorio de los mismos, lo que se hace es una invitación para que esta Sala realice una apreciación de dichos documentos diferente a la que hace la Sala de instancia, que no resulta posible en casación por las razones expuestas en fundamentos

anteriores. Téngase en cuenta que el artículo 348 de la LEC cuya infracción se aduce, dispone únicamente que la valoración de los dictámenes periciales se hará según las reglas de la sana crítica, y no se desciende específicamente a la lesión sobre tales reglas.

UNDÉCIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la LJCA, atendida la posición de ambas partes procesales como recurrente y recurrida y al no concurrir diferencias relevantes, no se hace imposición de costas.

FALLO

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

Que no ha lugar a los recursos de casación interpuestos por la representación procesal de Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. (SGAB), y por la representación procesal de Acciona Agua, S.A., y ATLL Concesionaria de la Generalitat de Cataluña, S.A., contra la Sentencia de 22 de junio de 2015, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en recurso contencioso-administrativo nº 28/2013. 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 la Excma. Sra. D^a Pilar Teso Gamella, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

Mensaje LexNET - Notificación

Mensaje

IdLexNet	201810195310390	
Asunto	Comunicación del Acontecimiento 37:	
Remitente	Órgano	TRIBUNAL SUPREMO CONTENCIOSO/ADMTVO. SALA 3A. SECCION 4A. de Madrid, Madrid [2807913004]
	Tipo de órgano	T.S. SALA DE LO CONTENCIOSO
	Oficina de registro	TRIBUNAL SUPREMO OF.REG. Y REPARTO CONTENCIOSO/ADMTVO. [2807913000]
Destinatarios	MESSA TEICHMAN, GLORIA [1489]	
	Colegio de Procuradores	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid
	RODRIGUEZ CHACON, MARIA CONSUELO [144]	
	Colegio de Procuradores	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid
Fecha-hora envío	28/02/2018 11:25	
Documentos	280791300400000012042018	Descripción: Comunicación del Acontecimiento 37: Hash del Documento: 57a8799a94e2e97579badcc4f9cf34fbafdcdb5d0
	280791300432.PDF(Principal)	
Datos del mensaje	Procedimiento destino	RECURSO CASACION[008] Nº 0002678/2015
	Detalle de acontecimiento	NOTIFICACION
	NIG	2807913320150005049

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
28/02/2018 12:15	RODRIGUEZ CHACON, MARIA CONSUELO [144]-Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid	LO RECOGE	
28/02/2018 12:14	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid (Madrid)	LO REPARTE A	RODRIGUEZ CHACON, MARIA CONSUELO [144]-Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid

(*) Todas las horas referidas por LexNET son de ámbito Peninsular.





RECURSO CASACION núm.: 2678/2015

Ponente: Excmá. Sra. D.^a María del Pilar Teso Gamella

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Cuarta
Sentencia núm. 279/2018

Excmos. Sres. y Excmá. Sra.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D.^a. 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 nº 2678/2015, interpuesto por las siguientes partes procesales. **1.-** Por Procuradora de los Tribunales Dña. Consuelo Rodríguez Chacón, en nombre y representación de la Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. (SGAB). **2.-** Por la Procuradora de los Tribunales Dña. Gloria Messa Teichman, en nombre y representación de Acciona Agua, S.A., y de ATLL Concesionaria de la Generalitat de Cataluña, S.A.. Recursos interpuesto contra la Sentencia de 22 de junio de 2015, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en recurso contencioso-administrativo nº 28/2013, sobre contratación administrativa.