

RECURSO CASACION núm.: 2725/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Cuarta
Sentencia núm. 269/2018

Excmos. Sres. y Excma. 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 20 de febrero de 2018.

Esta Sala ha visto los recursos de casación interpuestos con el n.º 2725/2015, de una parte, por la Generalidad de Cataluña, representada y defendida por el Abogado de dicha Generalidad, y, de otra, por la Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., representada por la procuradora doña Consuelo Rodríguez Chacón y asistida por los letrados don Santiago Muñoz Machado y doña Marta Carro Marina, contra la sentencia n.º 390, dictada el 22 de junio de 2015 por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, recaída en el recurso n.º 14/2013, sobre resolución n.º 1/2013, de 2 de enero, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña, por la que se estimó parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la

Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. contra el acuerdo de adjudicación del contrato de gestión del servicio de abastecimiento de agua en alta Ter-Llobregat (procedimiento 2012003800), del Departamento de Territorio y Sostenibilidad de la Generalidad de Cataluña, en el sentido de excluir a la agrupación encabezada por Acciona Agua S.A. del procedimiento.

Se han personado, como recurridas, la Generalidad de Cataluña, representada y defendida por el Abogado de dicha Generalidad, y la Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., representada por la procuradora doña Consuelo Rodríguez Chacón y asistida por los letrados don Santiago Muñoz Machado y doña Marta Carro Marina.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso n.º 14/2013, seguido en la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el 22 de junio de 2015 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«FALLAMOS

[...]

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

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

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia anunciaron recurso de casación, de una parte, la Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y, de otra, la Generalidad de Cataluña, que la Sala de instancia tuvo por preparados por diligencia de ordenación de 22 de julio de 2015, acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a este Tribunal Supremo.

TERCERO.- Personada la procuradora doña Consuelo Rodríguez Chacón, en representación de la Sociedad de Aguas de Barcelona, S.A., interpuso el recurso anunciado que articuló en los siguientes motivos:

«MOTIVO PRIMERO, que se formula al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA, 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, principalmente el principio jurisprudencial que invoca la propia sentencia recurrida referido a la exigencia de que el trato igual se aplique al licitador "razonablemente informado y normalmente diligente" (por todas, STJUE de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13, *eVigilo ltd*), así como la exigencia de certeza en el objeto contractual (art. 86.1 TRLCSP en relación con el 133.2 TRLCSP y, por remisión de este, con el art. 131.1 del TRLCSP); y vulneración de la jurisprudencia de esa Sala Tercera (STS de 23 de octubre de 2014, casación 3014/2013) 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 CE y 70.2 de la LJCA, ya que la sentencia recurrida no debió estimar el recurso de la Generalitat ni siquiera parcialmente "en la medida en que excluye la oferta presentada por el grupo encabezado por Acciona Agua SA", sino confirmar íntegramente la resolución del OARCC por ser plenamente ajustada a derecho.

[...]

MOTIVO SEGUNDO, que se formula al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA, 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, 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. Frente a ello no es razonable entender, como hace la Sala, que la discrepancia entre las partes procesales en relación con una cláusula que la propia sentencia interpreta sin dificultad es indicativa de la nulidad --por falta de claridad-- de las condiciones contractuales: tal discrepancia sólo indica que una de las partes procesales defiende a quien incumplió precisamente esas condiciones contractuales.

[...]

MOTIVO TERCERO, que se formula al amparo del art. 88.1.d), 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 cuando la eventual falta de competencia es meramente jerárquica, no ocasiona indefensión y es confirmada por actos posteriores del superior, que no revisa el acto, ni es éste impugnado por ningún interesado.

[...]».

Y suplicó a la Sala que dicte en su día sentencia por la que

«estimándolo, case la referida sentencia en cuanto estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Generalitat de Cataluña contra la resolución 1/2003 del OARCC y, en su lugar, desestime íntegramente dicho recurso declarando que la referida resolución 1/2013 es plenamente ajustada a derecho.

Subsidiariamente, para el caso de no acordar la conformidad a derecho de la resolución 1/2013 del OARCC, suplico a la Sala que, con integración de los hechos necesarios que no fueron tomados en consideración por la sentencia recurrida (de conformidad con lo prevenido en el art. 88.3 LJCA), otorgue tutela judicial efectiva (ex art. 24.1 CE) a mi representada resolviendo sobre el fondo y confirmando la nulidad del acuerdo de adjudicación del contrato (de 6 de noviembre de 2012) por los motivos de impugnación puestos de manifiesto por Sgab tanto en su recurso especial en materia contractual como en su escrito de contestación a la demanda y, especialmente, en su escrito de conclusiones en el que se practica una valoración circunstanciada de toda la prueba practicada en el contencioso».

Por su parte, la Generalidad de Cataluña formalizó el suyo por escrito registrado el 16 de noviembre de 2015 que fundamentó en los motivos que desarrolla en dicho escrito amparados los seis primeros en el artículo 88.1 c) de la Ley de la Jurisdicción y los tres restantes en el apartado d) de ese mismo artículo y son:

1.º) La infracción de los artículos 33.1 y 67.1 de la Ley de la Jurisdicción y del 24 de la Constitución por la discordancia existente entre la pretensión de la demanda y el fallo de la sentencia.

2.º) Nuevamente la infracción de esos dos artículos de la Ley de la Jurisdicción por incongruencia *ultra y extra petita* de la sentencia.

3.º) Infracción del artículo 24 de la Constitución por falta de exhaustividad, claridad y precisión y por incongruencia interna.

4.º) Infracción de los artículos 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 120.3 de la Constitución por falta de valoración de la prueba.

5.º) Infracción del artículo 33.2 de la Ley de la Jurisdicción.

6.º) Infracción del artículo 61 de la Ley de la Jurisdicción, en relación con el artículo 429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por no practicarse la totalidad de la prueba.

7.º) Infracción del artículo 1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

8.º) Infracción del artículo 133.3 del texto refundido.

9.º) Infracción del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por aplicación indebida, y de los artículos 63, 64 y 66 de esa misma Ley, por no haberlos aplicado.

CUARTO.- Admitido a trámite el recurso, se remitieron las actuaciones a la Sección Séptima y, recibidas, por diligencia de ordenación de 22 de febrero de 2016 se dio traslado de los escritos de interposición a las partes recurridas para que formalizaran su oposición.

QUINTO.- Evacuando el traslado conferido, la procuradora doña Consuelo Rodríguez Chacón, en representación de la Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., se opuso al recurso interpuesto por el Abogado de la Generalidad de Cataluña y, en virtud de las alegaciones expuestas en su escrito de 8 de marzo de 2016, suplicó a la Sala su desestimación.

Y el Abogado de la Generalidad de Cataluña, en representación y defensa de la misma, mediante escrito de 21 de abril de 2016 formuló su oposición al recurso interpuesto de contrario, por no ajustarse --dijo-- a la realidad de los hechos invocados, y solicitó a la Sala sentencia por la que:

«1º.- Declare no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la mercantil adversa contra la sentencia n.º 290, de 23.6.2015, del TSJC dictada en su RO 14/2013, con el resto de pronunciamientos favorables.

2º.- E imponga las costas al recurrente, según Ley».

SEXTO.- Debido a la reestructuración de la Sala, como consecuencia de la entrada en vigor del nuevo régimen del recurso de casación y, en aplicación de las nuevas normas de reparto vigentes a partir del día 22 de julio de 2016, aprobadas por acuerdo de la Sala de Gobierno de 14 de junio anterior (BOE núm. 163, de 7 de julio de 2016), se remitieron las actuaciones a esta Sección Cuarta.

SÉPTIMO.- Por providencia de 30 de noviembre de 2017 se señaló para la votación y fallo el día 30 de enero de 2018 y se designó magistrado ponente al Excmo. Sr. don Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

OCTAVO.- En la fecha acordada comenzó la deliberación del presente recurso y prosiguió en los días 6 y 13 de febrero, en que tuvo lugar la votación y fallo. Y el 15 siguiente se pasó la sentencia a firma de los magistrados de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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 com 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 període de referència ha d'entendre com a màxims o com a període indicatiu, ha de tenir-se en compte que en la interpretació dels plecs no pot arribar-se a conclusions que puguin

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 traspasat 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 l'oferta tècnica d'Acciona que "situa algunes actuacions en un horitzó temporal superior al de referència", vulnera els principis d'igualtat, no discriminació i competència».

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.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia.

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 concurrencia en el procés de licitació, ajustant la seva actuació al principi de transparencia”. 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'execució 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.

TERCERO.- Los motivos de casación de la Generalidad de Cataluña.

En su extenso escrito de interposición --son 151 páginas-- la Generalidad de Cataluña dirige en total nueve motivos de casación contra esta sentencia. Se encuentran a partir de la página 48. Seis son de carácter formal aunque suscitan extremos de suma importancia. Están formulados bajo la invocación del artículo 88.1 c) de la Ley de la Jurisdicción. Los otros tres plantean directamente cuestiones de fondo y se acogen al apartado d) de este precepto.

En los antecedentes se han expuesto ya los enunciados de cada uno. A fin de no repetirlos expondremos a continuación los respectivos aspectos sustanciales, prescindiendo de las numerosas reiteraciones en que incurre, en unos casos advirtiendo de ello y del propósito de dejar clara la posición de la recurrente, en otros sin esa explicación. Tampoco recogeremos la exposición de los hechos sobre la que se extiende con el propósito de hacer patente la, a su entender, legalidad de la actuación que condujo a la adjudicación del contrato y, al mismo tiempo, el error de la resolución del OARCC porque ya hemos dado cuenta de los extremos relevantes a los efectos de la resolución de este recurso de casación. Prescindiremos, igualmente y por la misma razón, del relato sobre la posición de la recurrente en la instancia y el debate allí entablado, así como de la exposición crítica que hace de la sentencia ya que esa crítica se manifiesta en los motivos de casación. Por último, en aras de no alargar más esta exposición, no daremos cuenta de las numerosas citas jurisprudenciales que jalonan el escrito de interposición.

(1.º) El primer motivo apunta a la discordancia que advierte entre la pretensión esgrimida por la Generalidad de Cataluña en su recurso y el fallo. Se refiere a que, pidiendo la demanda la nulidad de la resolución del OARCC, la sentencia pese a declararla contraria a Derecho, confirma la anulación del acuerdo de adjudicación. Mantiene que este pronunciamiento supone acoger la reconvención planteada por la recurrida SGAB --que pidió esa anulación aunque por razones distintas a las esgrimidas por la sentencia-- pese a que no cabe en el proceso contencioso administrativo. Por todo ello, considera

infringidos los artículos 33.1 y 67.1 de la Ley de la Jurisdicción y 24 de la Constitución.

(2.º) También critica a la sentencia por la incongruencia *ultra y extra petita* en la que cree que incurre. Resuelve, dice el motivo, algo no solicitado ni planteado, con lo que va más allá de la revisión de la resolución del OARCC y, además, lo hace por razones nuevas que no fueron trasladadas a las partes. Este manera de resolver, se queja la Generalidad de Cataluña, no sólo comporta un vicio de nulidad sino que, también le ha causado indefensión material. De ahí la nueva infracción de los artículos 33.1 y 67.1 de la Ley de la Jurisdicción. Y es que la sentencia, explica, “no sólo declara (correctamente) errónea jurídicamente la resolución del OARCC, sino que también anula (jurídicamente de forma errónea) el acuerdo de adjudicación del contrato y todas las actuaciones anteriores al mismo (salvo la de convocatoria del concurso y la aprobación de los pliegos), lo cual nadie había pedido y en base a un argumento jurídico tampoco invocado”. Se considera la recurrente perjudicada por su recurso e insiste en que el OARCC no anuló la adjudicación, tampoco solicitada por SGAB --dice-- y que en todo caso, si se considerase implícita en la resolución de 2 de enero de 2013, debería serlo por los argumentos utilizados por el OARCC y no por otros diferentes.

(3.º) 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.

(4.º) Reprocha aquí la Generalidad de Cataluña a la sentencia carecer de la motivación necesaria por no hacer ninguna valoración de la prueba practicada con la consiguiente lesión del derecho de defensa y la infracción de los artículos 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 24 y 120.3 de la Constitución. El aspecto de la prueba que interesa a la recurrente es el relativo a que SGAB --según la Generalidad de Cataluña-- interpretó del mismo modo que la adjudicataria del contrato las exigencias relativas al orden y secuencia de las obras y que la oferta de SGAB también alteraba su programación. Por eso, afirma que la sentencia debió explicar en qué parte de la oferta de SGAB se evidencia error o confusión a causa de la respuesta a la aclaración que esta solicitó.

(5.º) Mantiene la Generalidad de Cataluña que la Sala de Barcelona, antes de decidir el pleito en sentido contrario a sus pretensiones y hacerlo por razones diferentes a los argumentos de su recurso, debió dar plazo a las partes para que alegaran sobre los nuevos motivos que recoge la sentencia los cuales no fueron planteados por nadie, al margen de que no hubiera ninguna confusión entre los licitadores respecto del anexo 9 del pliego. Por no haberlo hecho le imputa la infracción del artículo 33.2 de la Ley de la Jurisdicción y un nuevo menoscabo del derecho de defensa.

(6.º) El último de este grupo de motivos afirma que se ha producido la infracción del artículo 61 de la Ley de la Jurisdicción en relación con el artículo 429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil porque no se practicó la totalidad de la prueba solicitada por la Generalidad de Cataluña. Se refiere, en realidad, a que la Sala de instancia no accedió a incorporar a este proceso la prueba practicada en los recursos 28 y 38/2013, a pesar de haberlo pedido la recurrente. Esa solicitud se dirigía a garantizar la igualdad de armas y a tal fin le servía a la Generalidad de Cataluña la incorporación de las pruebas periciales que allí se practicaron.

(7.º) El primero de los motivos de fondo atribuye a la sentencia la vulneración del artículo 1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector



Público por haber infringido los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad, transparencia de los procedimientos e igualdad de trato entre los licitadores.

(8.º) El segundo motivo de fondo defiende que la sentencia ha vulnerado el artículo 133.3 del texto refundido por aplicarlo incorrectamente y, como consecuencia, dar lugar a una también incorrecta declaración de nulidad de la adjudicación del contrato. El que tiene la recurrente por máximo error estriba en que este precepto limita la posibilidad de pedir aclaraciones al contenido de los pliegos y el concepto de "orden y secuencia de las obras" no figura en el pliego sino que fue introducido en la pregunta que hizo SGAB. Así, pues, prosigue la recurrente, no cabe aceptar que se ha inducido a error a los licitadores ni que exista contradicción en los términos en que se planteó la licitación. Afirma, seguidamente, que "si existía un punto que no ha sido objeto de discusión en todo el procedimiento contencioso-administrativo ha sido precisamente el referente a que el anexo 9 tenía carácter orientativo y que el orden y secuencia de las obras sí se debía respetar, pero se podía adaptar/alterar el calendario". Y reitera que la aclaración no tuvo ninguna incidencia sustancial en las ofertas de los licitadores pues ambos incurrieron en mismo "presunto" vicio de adaptar el calendario de obras, si bien respetando su orden y secuencia, punto que, nos dice, quedó probado, pese a la falta de valoración de la prueba por parte de la sentencia. Añade el motivo que es manifiestamente contrario a Derecho anular una adjudicación "por la mera (y supuesta) discrepancia en la interpretación de un concepto que no forma parte de los pliegos". Por último, aún admitiendo a efectos dialécticos que la aclaración fuera vinculante y que produjo confusión, dice que no se podría llegar a la solución de la sentencia sin acreditar que esa confusión fue crucial y determinante de la nulidad de la adjudicación. Y la argumentación de la sentencia al respecto "no puede ser más inconsistente".

En definitiva, no existió para la Generalidad de Cataluña de ningún modo infracción del principio de transparencia en la licitación.

(9.º) Finalmente, la recurrente nos dice que la sentencia de instancia ha vulnerado el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, porque ha aplicado incorrectamente la nulidad a la licitación e inaplicado los artículos 63, 64 y 66 de esa misma Ley. La nulidad, nos recuerda, debe ser el último remedio jurídico frente a las infracciones de procedimiento y siempre que se haya producido indefensión a las partes --la cual, reitera, no se ha dado-- y de manera ponderada, interpretando restrictivamente las causas tasadas que la provocan dando preferencia a fórmulas menos gravosas para el interés público como la de permitir, una vez indicado de qué modo se debía interpretar el anexo 9 y cómo se había de presentar el calendario de obras, que las empresas adaptaran sus ofertas a esa interpretación. Asimismo, apunta que la jurisprudencia ha limitado mucho la posibilidad de que la invalidez de los pliegos se comuniqué al contrato ya adjudicado si no se impugnaron en su momento aunque se invoquen causas de nulidad de pleno Derecho. Y, tras invocar el principio de conservación de la eficacia de los actos, vuelve a decirnos que el resultado de la licitación habría sido el mismo, “se valore desde la óptica que se valore”.

Termina la exposición de los motivos de casación diciéndonos que las razones de decidir de la sentencia y el sentido en que lo hace

«se basan en lo que esta representación considera que es una aplicación errónea e incorrecta de los mismos preceptos de leyes estatales que son citados expresamente en el caso concreto, aplicación sesgada, además, no suficientemente justificada dado que no se aviene ni con la prueba practicada (que por otra parte está huérfana de toda valoración), pero tampoco con los hechos que se derivan directamente del contenido del expediente administrativo aportado por mi representada. Dichas infracciones jurídicas, por otra parte, resultan no sólo relevantes sino, sobre todo, determinantes del sentido de la parte dispositiva de la sentencia».

En el suplico, la Generalidad de Cataluña nos pide que anulemos “exclusivamente” el pronunciamiento de la parte dispositiva de la sentencia que confirma la anulación del acuerdo de adjudicación del contrato.

CUARTO.- La oposición de la Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A.

Al igual que la Generalidad de Cataluña, SGAB antepone a su oposición a los anteriores motivos unos antecedentes dirigidos a rebatir las que tiene por premisas erróneas en las que descansan. En particular, niega que el programa de obras fuera accesorio o que el OARCC reprochara a ACCIONA-BTG Pactual haber llevado las obras más allá de los diez años sino que las había situado más allá del período de referencia. Niega, también, que ambas licitadoras incumplieran la programación y observa que en la página 701 del tomo I de las actuaciones figura un cuadro comparativo que muestra las diferencias entre su oferta y la de la adjudicataria del contrato. Y niega que ambas licitadoras interpretaran del mismo modo la aclaración. Niega, en fin, que el resultado de la licitación hubiera sido el mismo de todos modos ya que no lo permiten las repercusiones económicas de la diferente programación de las obras.

Ya sobre cada motivo, dice lo siguiente.

(1.º) Sostiene SGAB que el primero está mal formulado porque no hay correspondencia entre los preceptos que invoca y la argumentación que desarrolla ya que en esta no se aduce falta de pronunciamiento sobre todas las cuestiones suscitadas sino que la sentencia ha resuelto sin atender las pretensiones de la Generalidad de Cataluña y que SGAB solamente podía pedir la desestimación del recurso. Para el escrito de oposición este motivo solamente encierra la discrepancia de la recurrente con la sentencia y señala que su fundamento segundo ofrece una motivación perfectamente razonable y ajustada a Derecho que, además, no puede combatirse por la vía del artículo 88.1 c). En todo caso, reprocha al motivo defender un control jurisdiccional limitado, olvidando la concepción que del mismo refleja la exposición de motivos de la Ley de la Jurisdicción. También dice que mantener que el proceso solamente puede dirigirse contra la resolución del OARCC es contrario al artículo 106.1 de la Constitución. Y recuerda que SGAB no podía recurrirla porque le favorecía y que la estimación de su recurso especial fue



parcial porque no apreció el OARCC la prohibición de contratar de la adjudicataria, que en él se aducía, extremo sobre el que SGAB se conformó. Recuerda que el debate en sede judicial fue el mismo que el planteado ante el OARCC y afirma que la Generalidad de Cataluña pretende limitar el derecho de SGAB a defenderse impidiéndole utilizar argumentos que, pese a haber sido utilizados en el recurso especial, no fueron abordados expresamente en la resolución de 2 de enero de 2013 por ser innecesario. Tras afirmar que su defensa de la anulación de la adjudicación no es una reconvención sino simple reiteración de cuanto adujo en el recurso especial y recordar, además, que el OARCC no puede comparecer en este proceso, niega que la Generalidad sufriera indefensión.

(2.º) También ve SGAB incongruencia entre el enunciado del segundo motivo y su desarrollo en el que se habla de una *reformatio in peius* judicial y de exceso sobre las pretensiones de las partes. Sin embargo, argumenta, la sentencia no ha agravado la posición de la Generalidad de Cataluña sino que es el resultado de un contencioso que enfrenta a dos partes. El agravamiento del que se queja, dice, consistente en la anulación de la adjudicación del contrato y en la repetición de varios trámites del procedimiento, si acaso, perjudicaría a los licitadores pero no a la Administración. Después, SGAB, aunque rechaza la razón por la que la sentencia anula esa adjudicación, niega que se haya excedido. El debate sobre el significado de la expresión “orden y secuencia” de la programación de las obras, observa, ha estado presente en todo momento. Por otra parte, indica que la sentencia puede confirmar la anulación de la adjudicación ya que esta última era consustancial a la exclusión de la adjudicataria, tal como puso de manifiesto la sentencia de la Sección Séptima de esta Sala de 5 de noviembre de 2014 (casación n.º 3019/2014) y recuerda que en su recurso especial pidió expresamente la anulación de la adjudicación a ACCIONA-BTG Pactual y que las sentencias dictadas por la Sección Séptima de esta Sala en los recursos de casación contra la denegación de la suspensión cautelar de la resolución de 2 de enero de 2013 entienden que la exclusión de la oferta de la adjudicataria comporta la anulación de la adjudicación. Por último, nos dice SGAB que la Sala de Barcelona podía decidir la nulidad de la adjudicación por motivos distintos de

los apreciados por el OARCC pues una cosa son las pretensiones y otra distinta los motivos o razonamientos con los que se resuelve sobre ellas.

(3.º) Dice SGAB que del fundamento cuarto de la sentencia de instancia no resulta la nulidad de la resolución del OARCC y que se limita a discrepar de uno de los argumentos que ésta utiliza. En todo caso, observa que no se separa del resultado: la nulidad de la adjudicación y que disentir de parte de la motivación de un acto administrativo no es causa de nulidad si el conjunto de ella es razonable.

(4.º) Apunta que el motivo no precisa qué concretas pruebas debieron valorarse, además de observar que no eran necesarias porque el fallo se fundamenta en los documentos que obran en el expediente y su valoración no es arbitraria, ilógica o irracional. Y sobre la que la Generalidad de Cataluña llama cuestión clave --el hecho para ella de que la oferta de SGAB alteraba la programación de las obras-- señala que basta con tener a la vista el cuadro comparativo del folio 701 del tomo I de las actuaciones para comprobar que, mientras la oferta de la adjudicataria desplazaba actuaciones fuera del período programado, la de SGAB respetaba los períodos de referencia y acortaba en tres años la realización de las obras programadas.

(5.º) No es cierto que la sentencia diga que la oferta de ACCIONA-BTG Pactual no incumplía los pliegos. Simplemente, dice SGAB, una vez decidida la confirmación de la anulación de la adjudicación, no se pronuncia sobre el resto de los motivos y, en todo caso, se deduce de la sentencia que la aclaración vinculante formaba parte de las condiciones contractuales y que ACCIONA-BTG Pactual incumplió el programa de obras. Apunta, también, que la discusión sobre si la aclaración se ajustaba o no al pliego forma parte del debate desde el inicio por lo que nadie puede alegar indefensión al respecto y que, en todo caso, si se considerara que no lo hacía eso no supondría el renacimiento de la adjudicación anulada sino la retroacción para que las partes alegaran sobre esa nulidad. No obstante, añade que ambas han tenido ya la oportunidad de hacerlo y ninguna sostiene la nulidad de los pliegos de manera que debe ser esta Sala la que resuelva sobre el particular. El principio de

economía procesal y el derecho a la tutela judicial efectiva de SGAB, dice, así lo demandan al margen de la circunstancia de que ACCIONA-BTG Pactual sigue actuando como concesionaria a pesar de todo.

(6.º) La petición de la Generalidad de Cataluña de incorporación de la prueba practicada en los otros dos procesos fue extemporánea pues la hizo en conclusiones. Asimismo, dice que también se denegó a SGAB la petición que hizo en sus conclusiones de traer la sentencia de la Sección Séptima de esta Sala de 23 de octubre de 2014 (casación n.º 3014/2013) y que ni una ni otra denegación han supuesto indefensión a las partes.

(7.º) Tiene SGAB por insuficiente al planteamiento del séptimo motivo para conocer la crítica que pretende dirigir contra la sentencia con la consecuencia de considerarlo defectuosamente interpuesto. En todo caso, dice que lo que sí vulneraría los principios de publicidad, transparencia e igualdad proclamados en el artículo 1 del texto refundido sería mantener como adjudicataria a quien desconoció los términos de una aclaración vinculante.

(8.º) La afirmación de la Generalidad de Cataluña de que se ha infringido el artículo 133.3 del texto refundido se sostiene, dice SGAB, sobre hechos que no son ciertos. En particular, niega que se haya probado que los dos licitadores alteraron el programa orientativo de obras y recuerda que su oferta, la de SGAB, no fue revisada por el OARCC ni por la Sala de instancia mientras que sí consta que la de ACCIONA-BTG Pactual incumplió la aclaración. Añade que según muestra el folio 701 la diferencia entre ambas ofertas era abismal. Niega, además, que la sentencia recurrida haya eliminado la exclusión de la oferta de ACCIONA-BTG Pactual y señala que no es cierto que no hubiera dudas sobre el carácter orientativo del programa de obras. La aclaración, prosigue SGAB, tuvo incidencia sustancial en las ofertas y la propia, la de SGAB, no incurrió en vicio alguno, tal como hizo constar el órgano de contratación (folios 568 y sigs. del expediente). Asimismo, destaca que la Administración nunca discutió el carácter vinculante de las aclaraciones y que la de referencia sí afectó a un elemento relevante del contrato con una

incidencia determinante en la tarifa. La alteración del programa de obras, dice, permitió a la oferta de la adjudicataria abaratarla al aplazar las inversiones.

(9.º) Al último motivo de casación opone SGAB que no es verdad que ambos licitadores interpretaran del mismo modo la aclaración de la Generalidad de Cataluña. Sucedió, afirma, que quien la pidió --SGAB-- se atuvo a ella, mientras que la otra agrupación la ignoró. Precisamente, por no tenerla en cuenta, añade, ACCIONA-BTG Pactual pudo presentar una oferta económica más favorable mientras que la de SGAB, que adelantó las obras y las inversiones, se vio perjudicada. Observa que SGAB no pudo prever que la competidora incumpliría la aclaración ni que gracias a ese incumplimiento presentaría una oferta económica más favorable. En consecuencia, concluye, es claro que se vulneraron los principios esenciales de la contratación lo cual es causa de la nulidad de pleno Derecho.

Termina este escrito de oposición sosteniendo la inadmisibilidad del recurso de casación de la Generalidad de Cataluña en tanto está planteado exclusivamente contra una parte del fallo recurrido, el cual, subraya, es indivisible.

QUINTO.- Los motivos de casación de la Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A.

Su escrito de interposición efectúa, en primer lugar, una exposición en la que, además de relatar los avatares del pleito, reprocha a la Generalidad de Cataluña haber incumplido la legalidad en la adjudicación del contrato y desconocido después las resoluciones de los tribunales manteniendo la ejecución del contrato cuya adjudicación se anuló. Luego, tras detenerse en la aclaración de la que se viene hablando y de sus consecuencias así como en las diferencias existentes entre las dos ofertas, interpone, acogiéndose al artículo 88.1 d) de la Ley de la Jurisdicción, tres motivos de casación contra la sentencia de la Sección Quinta de la Sala de Barcelona.

Hemos recogido en los antecedentes su enunciado. Ahora, en resumen, veremos en qué consiste cada uno.

(1.º) Mantiene aquí SGAB que la sentencia ha infringido los artículos 1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y 2 de la Directiva 2004/18/CE, --ahora el artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE-- y la jurisprudencia que los ha interpretado. En particular, se refiere al principio jurisprudencial de igualdad de trato para el licitador razonablemente informado y normalmente diligente y a la necesaria certeza que ha de tener el objeto del contrato. A ello añade la cualificada presunción de legalidad y acierto que ha de reconocerse al OARCC. Por todo ello considera que la Sala de instancia no debió acoger, ni siquiera en parte, el recurso de la Generalidad de Cataluña pues lo procedente era su desestimación y la plena confirmación de la resolución del OARCC. Destaca el motivo que la estimación parcial parece indicar una discrepancia con alguno de los elementos de su motivación. Pero eso, explica, no es causa de nulidad si el conjunto de aquella es razonable. Ahora bien, la Sala de Barcelona acuerda no excluir a la oferta de ACCIONA-BTG Pactual y así trata igual a lo que no lo es pues no tiene en cuenta que incumplió el pliego. De ahí que, al no excluirla se infringe el principio de igualdad.

Señala, además, que la interpretación que de los pliegos hizo el OARCC era razonable y que también la mesa de contratación consideró vinculante el programa de obras del anexo 9. Añade que la sentencia no discute la mayor parte de las valoraciones de la resolución de 2 de enero de 2013 y confirma el carácter vinculante de la aclaración. El desacuerdo de la sentencia con el OARCC, dice, se limita al carácter vinculante de ese programa. En estas condiciones considera SGAB que no hay causa suficiente para declarar la nulidad de esa resolución. Además, insiste en la especial posición del OARCC y en la necesidad de que el objeto del contrato sea cierto (artículos 86, 133.2 y 131 del texto refundido).

(2.º) Los mismos principios cuya infracción denuncia el motivo anterior los considera vulnerados SGAB ahora a propósito de la interpretación del

artículo 133.3 y del artículo 40.2 a) del texto refundido pues obligaban a estar al carácter vinculante de las aclaraciones publicadas antes de la presentación de las ofertas. Explica que las solicitadas por SGAB no alteraban las condiciones del pliego sino que las completaban en un punto indispensable. Siendo imprescindible el plan de obras y estando éste en un documento calificado como no vinculante, resultaba necesario que la Administración explicase su grado de vinculación. Recuerda que el otro licitador no manifestó su desacuerdo con el sentido de la aclaración ya que no la impugnó, limitándose a hacer caso omiso de ella. Esa falta de impugnación, afirma el motivo, no puede ser suplida por la Sala de instancia. A su sentencia crítica, además, por decir que los licitadores no tuvieron conocimiento del verdadero alcance de las prescripciones contractuales. Los hechos que ella misma recoge ponen de relieve que la aclaración se puso a disposición de los licitadores en condiciones de igualdad con total transparencia. En definitiva, la controversia existente entre los licitadores, dice SGAB, no se debe a la imposibilidad de interpretar o aplicar las normas aplicables. En definitiva, la sentencia trata igual al licitador diligente y al que no lo fue.

(3.º) Dice aquí SGAB que los artículos 62.1 b) y 63.2 y 67.3 de la Ley 30/1992 excluyen la nulidad de los actos administrativos por la eventual falta de competencia jerárquica cuando no causa indefensión y son confirmados por actos posteriores del superior que no los revisa sin que aquellos sean impugnados. Se refiere a que las aclaraciones solicitadas por SGAB fueron efectuadas, no por el órgano de contratación, sino por el Director de Servicios del Departamento. La sentencia lo apunta y entiende SGAB que puede estar sugiriendo que las condiciones del contrato se fijaron en esa fase de aclaración por un órgano incompetente, ya que era el Consejero a quien correspondía darla. No obstante, explica el motivo que no se modificó el pliego y que en esta fase intervino la Dirección de Servicios del Departamento del Territorio y Sostenibilidad que figura como entidad promotora del contrato y en su nombre el Director de Servicios de ese Departamento, designado, además, miembro de la mesa de contratación. Indica también que el artículo 133.3 del texto refundido no exige que sea el órgano de contratación el que haga las aclaraciones. En todo caso, destaca que el Consejero asumió y convalidó lo



efectuado. Para el caso de que se considerara que, pese a todo, hay incompetencia, indica SGAB que es meramente jerárquica, que se trata de una irregularidad no invalidante, susceptible de convalidación por el órgano superior, como efectivamente sucedió. En todo caso, recuerda que no habiendo sido impugnadas las aclaraciones devinieron firmes.

Como petición subsidiaria, para el caso de que no acogamos la principal de estimar el recurso de casación y casar la sentencia de instancia en la medida en que estima parcialmente el recurso de la Generalidad de Cataluña y desestimarlos íntegramente, solicita SGAB que con integración de los hechos resolvamos sobre el fondo confirmando la nulidad del acuerdo de adjudicación del contrato por los motivos aducidos por SGAB en su recurso especial ante el OARCC, en la contestación a la demanda y en el escrito de conclusiones.

SEXTO.- La oposición de la Generalidad de Cataluña.

Al igual que en su escrito de interposición, la Generalidad de Cataluña dedica una extensa exposición a los antecedentes del litigio oponiéndose de manera radical, dice, al relato de SGAB al que atribuye errores burdos como decir que el OARCC estimó su recurso especial cuando sólo fue acogido en parte, y recuerda que SGAB no impugnó su resolución, consintiéndola, lo que hace inadmisibles su estrategia procesal de postular una especie de reconvencción. Critica que exigiera a la Sala de instancia pronunciarse sobre la nulidad de la adjudicación que no figuraba en la parte dispositiva de la resolución de 2 de enero de 2013 y considera incoherente que quien acepta que la sentencia ha anulado la adjudicación la recurra. Defiende la Generalidad de Cataluña la legalidad de su actuación en todo momento y destaca que no consta que SGAB haya interesado la ejecución, aún provisional, de las sentencias de 22 de junio de 2015 –las que son objeto de este y de los otros dos recursos de casación que estamos resolviendo conjuntamente-- y pasa a explicar que la alteración del calendario de las obras no tuvo incidencia en la oferta económica de los licitadores.

Considera después contradictorio que el recurso de casación pretenda, al tiempo, dejar sin validez la resolución del OARCC, consentida primero y defendida después en la instancia y buscar, ahora, la alteración parcial de la parte dispositiva de la sentencia para mantener la nulidad de la adjudicación pero confirmando aquella en la que no se disponía tal nulidad sino sólo la exclusión de la oferta de la otra licitadora.

A continuación y a título de introducción a su oposición a cada uno de los tres motivos de casación de SGAB, la Generalidad de Cataluña deja constancia de que no existió de ningún modo infracción del principio fundamental de transparencia en la licitación ni hubo confusión alguna de los licitadores en los aspectos relevantes de la licitación. Igualmente, afirma que la hipotética confusión sobre el significado de los conceptos “orden y secuencia de las obras” no podía ser tomada en consideración por referirse a extremos ajenos a los pliegos ni tampoco podía dar lugar a una modificación de las puntuaciones que alterase el resultado final. En fin, resalta aquí que la diferente periodificación de las obras carece de incidencia en la tarifa ofertada.

Sobre los motivos dice cuanto sigue.

(1.º) Del primero afirma que la prolija descripción que hace de múltiples infracciones pierde su fuerza argumental en el desarrollo del que es objeto pues no fundamenta jurídicamente tales vulneraciones. Critica que los antecedentes sean más extensos que los propios motivos, ve en ello el sentido instrumental, no finalista, del recurso y considera que no contiene ninguna crítica jurídica mínimamente solvente. Ya en concreto, destaca que la sentencia impugnada no se limita a discrepar de parte de la motivación del OARCC sino que la considera viciada de nulidad y, por eso, acogió la pretensión principal de la demanda aunque luego fuera más allá de lo que se pedía en ella y entrara en una revisión de la licitación que nadie le había solicitado. La sentencia, añade, no confirma la resolución del OARCC sino que la anula. Por otra parte, no considera cierto que la sentencia haya tratado igual a quienes se encuentran en posiciones distintas. Al contrario, sostiene que

ambas ofertas entendieron de la misma manera la regulación orientativa del programa de obras. Y, como los dos licitadores incumplieron igualmente la obligatoriedad del calendario de obras, es aplicable la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea según la cual, una vez detectada una irregularidad, debe tenerse en cuenta respecto de todos los licitadores. En cuanto a la presunción de legalidad y acierto del OARCC, recuerda que cabe prueba en contrario.

(2.º) La Administración catalana indica que no entiende el segundo motivo e insiste en que no tiene sentido alguno que SGAB pretenda hacer creer que solamente su oferta respetó la programación de obras. Observa también que la sentencia no la consideró obligatoria y fundamentó su fallo en la contradicción entre el pliego y la aclaración. Seguidamente, se detiene en exponer cómo hizo SGAB las preguntas con las que la pidió, pues ve en la forma utilizada el propósito de orientar la contestación para que confirmara que no podía alterar el calendario de obras, y en las respuestas que obtuvo para acabar explicando que estas se limitaron a confirmar lo que el pliego decía y que ambas agrupaciones actuaron conforme a esa aclaración. Asimismo, apunta que la valoración de las ofertas (folios 570-571 del expediente) se hizo a partir de la apreciación de que ambas programaciones eran viables y distribuían en los diez primeros años las diferentes actuaciones si bien la de ACCIONA-BTG Pactual situaba algunas en un horizonte superior al indicado orientativamente mientras que la de SGAB modificaba igualmente la distribución anual de las inversiones pero en menor grado y reducía en tres años el plazo máximo de ejecución. Es, pues, concluye, errónea la exposición de SGAB.

(3.º) Aquí señala la Generalidad de Cataluña que esta sentencia, la recurrida, no dice que fuera incompetente el órgano que hizo la aclaración solicitada por SGAB. Sí lo afirman las sentencias dictadas en los recursos 28 y 38/2013 pero no la que es objeto de este recurso de casación. En consecuencia, no se puede interponer un motivo por una infracción que habría cometido otra sentencia distinta a la recurrida.

Por último, además de abogar por la desestimación del recurso de casación de SGAB, la Generalidad se opone a la pretensión subsidiaria de la recurrente. Afirma que ni por la vía de la integración de hechos se puede interesar que esta Sala entre a conocer de los argumentos que utilizó en el recurso especial en materia de contratos. No cabe hacerlo porque eso supondría aceptar, aunque fuera tácitamente, una reconvención procesal por quien no recurrió la decisión del OARCC sino que la consintió e, incluso, la ha defendido.

SÉPTIMO.- El juicio de la Sala (I). La sentencia no incurre en los defectos formales que le imputa la Generalidad de Cataluña.

Tras esta extensa relación del contenido de los aún más extensos escritos de las partes, llega el momento de examinar cada uno de los motivos de casación y resolverlos razonadamente. Antes conviene, no obstante, señalar que, tal como se puede apreciar por el resumen anterior, ambas argumentan, como es natural, desde la perspectiva que conviene a los intereses que defienden. Eso explica sus apreciaciones discrepantes sobre el sentido de la resolución del OARCC y sobre el juicio de la Sala de Barcelona y su relación con las pretensiones hechas valer en el proceso. No es nada extraordinario en un litigio en el que, por definición se enfrentan quienes defienden posiciones encontradas. No obstante, en esta ocasión, sin duda por la trascendencia del pleito, se aprecia de una manera más acusada.

Por tanto, nuestro enjuiciamiento no puede descansar en la consideración de sólo una parte de dichas resolución y sentencia sino en la apreciación unitaria e integral de su contenido y de sus respectivos pronunciamientos.



Esto supuesto, avanzaremos que no puede prosperar ninguno de los motivos que la Generalidad de Cataluña ha interpuesto conforme al artículo 88.1 c) de la Ley de la Jurisdicción.

(1.º) 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.

OCTAVO.- El juicio de la Sala (II). No se aprecian las infracciones al ordenamiento jurídico alegadas por la Generalidad de Cataluña.

Descartados los motivos de forma, los que atribuyen a la sentencia impugnada infracciones al ordenamiento jurídico tampoco van a ser acogidos porque no apreciamos tales vulneraciones por las razones que siguen.

(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.

Se impone, en definitiva, la desestimación de este recurso de casación.

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 reconvención.

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.

DÉCIMO.- Costas.

A tenor de lo establecido por el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, 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 a estos efectos.

FALLO

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

(1.º) No dar lugar a los recursos de casación interpuestos con el n.º 2725/2015 por la Generalidad de Cataluña y por la Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., contra la sentencia n.º 390, dictada el 22 de junio de 2015 por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y recaída en el recurso n.º 14/2013.

(2.º) No hacer imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

