



Roj: **STS 4223/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:4223**

Id Cendoj: **28079130072014100334**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **23/10/2014**

Nº de Recurso: **3014/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sal de lo **Contencioso-Administrativo**

Sección: **SÉPTIMA**

S E N T E N C I A

Fecha de Sentencia: 23/10/2014

RECURSO CASACION Recurso Núm.: 3014 / 2013

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Votación: 01/10/2014

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA CON/AD SEC.5

Ponente:

Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva **Secretaría de Sala :**

Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián **Escrito por:** MTP

Nota:

Recurso de casación contra la denegación de la suspensión de la eficacia y ejecución de la resolución dictada por el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña, de 2 de enero de 2013, que resolvió el recurso interpuesto por la Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. contra el acuerdo del Departamento de Territorio y Sostenibilidad de la Generalidad de Cataluña, de 6 de noviembre de 2012, de adjudicación del contrato de gestión del servicio de suministro de agua en alta Ter- Llobregat. No se acredita que el recurso pierda su finalidad de no adoptarse la medida cautelar.

La Sala de instancia valoró correctamente los intereses en juego.

No se advierte la apariencia de buen derecho alegada por la recurrente y no cabe anticipar a este incidente la solución de fondo.

RECURSO CASACION Num.: 3014/2013

Votación: 01/10/2014

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

Secretaría Sr./Sra.: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

S E N T E N C I A

TRIBUNAL SUPREMO.

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN: SÉPTIMA



Excmos. Sres.: Presidente:

D. José Manuel Sieira Míguez

Magistrados:

D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez

D. Nicolás Maurandi Guillén

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D^a. Celsa Pico Lorenzo

D. José Díaz Delgado

D. Vicente Conde Martín de Hijas

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Octubre de dos mil catorce.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Séptima por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación nº 3014/2013, interpuesto por la entidad AIGÜES DE CATALUNYA, LTD, representada por la procuradora doña Concepción Villaescusa Sanz, contra el auto de 26 de marzo de 2013, dictado en la pieza separada de medidas cautelares del recurso nº 38/2013 por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que denegó la medida cautelar de suspensión de la resolución de 2 de enero de 2013 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña, por la que se resolvió el recurso interpuesto por la Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. contra el acuerdo del Departamento de Territorio y Sostenibilidad de la Generalidad de Cataluña de 6 de noviembre de 2012, de adjudicación del contrato de gestión del servicio de suministro de agua en alta Ter- Llobregat. Auto que fue confirmado en reposición por otro de 19 de julio de 2013, con voto particular formulado por el magistrado don Alberto Andrés Pereira.

Se ha personado, como recurrida, la SOCIEDAD GENERAL DE AGUAS DE BARCELONA, S.A. (SGAB), representada por la procuradora doña Consuelo Rodríguez Chacón.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En la pieza separada de suspensión del recurso nº 38/2013, seguido en la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el 26 de marzo de 2013 se dictó auto denegando la medida cautelar de suspensión de la resolución de 2 de enero de 2013 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña, que resolvió el recurso interpuesto por la Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. contra el acuerdo del Departamento de Territorio y Sostenibilidad de la Generalidad de Cataluña de 6 de noviembre de 2012, de adjudicación del contrato de gestión del servicio de suministro de agua en alta Ter- Llobregat. Y, recurrido en reposición, fue confirmado por otro de 19 de julio de 2013, con voto particular formulado por el magistrado don Alberto Andrés Pereira que considera que "debería haberse estimado el recurso de reposición y suspendido la ejecución de la resolución impugnada del OARCC".

SEGUNDO.- Contra las referidas resoluciones anunció recurso de casación AIGÜES DE CATALUNYA, LTD, que la Sala de Barcelona tuvo por preparado por diligencia de ordenación de 6 de septiembre de 2013, acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a este Tribunal Supremo.

TERCERO.- Por escrito presentado el 22 de octubre de 2013 en el Registro General de este Tribunal Supremo, la procuradora doña Concepción Villaescusa Sanz, en representación de la recurrente, interpuso el recurso anunciado y, después de exponer los motivos que estimó pertinentes, solicitó a la Sala que,

"(...) dicte sentencia estimándolo, casando y revocando los Autos impugnados, por ser contrarios a Derecho, y acordando la medida cautelar de suspensión de la ejecución de la Resolución del Organisme Administratiu de Recursos Contractuals de Catalunya 1/2013, de 2 de enero de 2013, por la que se resolvió el recurso interpuesto por la Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. contra el acuerdo del Departament de Territori y Sostenibilitat de la Generalitat de Catalunya, de 6 de noviembre de 2012, de adjudicación del contrato de gestión del servicio de suministro de agua en alta Ter-Llobregat".

CUARTO.- Admitido a trámite, se remitieron las actuaciones a esta Sección Séptima, conforme a las reglas de reparto de asuntos y, recibidas, por diligencia de ordenación de 11 de marzo de 2014, se dio traslado del escrito de interposición a la recurrida para que formulara 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 por escrito



registrado el 28 de abril de 2014 en el que manifestó, como conclusión, que "A la vista de cuanto se ha expuesto resulta obligado concluir que los Autos recurridos cuentan con una motivación suficiente, razonada, razonable y plenamente ajustada a Derecho, sin que los motivos de casación esgrimidos contra ellos logren desacreditarla pues se basan en meras discrepancias que ni siquiera se refieren a su ratio decidendi.

En realidad carecen dichos motivos de casación manifiestamente de fundamento (Auto de esa Sala de 9 de mayo de 2013 - recurso 749/2012 - f.j. 6º y **STS** de 20 de octubre de 2012, recurso 6831/2009, f.j. 11º ya citados). Y es que no admite esa Excm. Sala que lo que plantee un recurso de casación no tenga que ver con la infracción de normas o jurisprudencia limitándose a poner de manifiesto una discrepancia con la interpretación y valoración que la sentencia efectúa de los hechos o del cumplimiento por el acto administrativo impugnado de los requisitos legales y jurisprudenciales aplicables, Puede verse, en este sentido, la Sentencia de esa Sección 7ª de 5 de marzo de 2013 (recurso 6300/2011, f.j. 7º)".

Y suplicó a la Sala que

"(...) se sirva dictar sentencia por la que desestime el recurso de casación interpuesto por la representación de Aigües de Catalunya Ltd contra los autos de 26 de marzo y 19 de julio de 2013".

SEXTO.- Mediante providencia de 26 de mayo de 2014 se señaló para la votación y fallo el 1 de octubre de 2014, continuándose la deliberación los días siguientes hasta el 22 de los corrientes en que se procedió a la votación y fallo.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Pablo Lucas Murillo de la Cueva**, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

SUMARIO.- I.- Hechos relevantes que no son objeto de controversia (pág.6). II.- las razones de la estimación parcial del recurso especial por el OARCC mediante la resolución cuya suspensión cautelar se pretende (pág. 7). III.- Los autos de la Sección Quinta de la Sala de Barcelona (pág. 10). IV.- El escrito de interposición de ACL (pág.17). V.- La oposición de SGAB (pág. 22). VI.- La singularidad de la controversia (pág.26). VII.- El recurso contencioso-administrativo no ha perdido su finalidad legítima (pág.28). VIII.- Es correcta la ponderación de intereses efectuada por la Sala de Barcelona (pág. 30). IX.- No se aprecia ictu oculi un error notorio en la resolución del OARCC que acredite la apariencia de buen derecho de ACCIONA-BTG Pactual (pág. 32). X.- Costas (pág. 34).

PRIMERO.- Hechos relevantes que no son objeto de controversia .

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 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) de la que forma parte Aigües de Catalunya Ltd. (ACL), aquí recurrente.

Resuelta, como se ha dicho, el 6 de noviembre de 2012 por el órgano de contratación la adjudicación del contrato a ACCIONA- BTG Pactual, 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. En fin, el 2 de enero siguiente el OARCC estimó en parte el recurso especial de SGAB y excluyó a ACCIONA-BTG Pactual del procedimiento.

Contra esta resolución del OARCC han interpuesto recurso contencioso-administrativo ACL, la Generalidad de Cataluña y ACCIONA AGUA, S.A. y ATLL. Concesionaria de la Generalitat de Catalunya, S.A.. En los tres



casos los recurrentes han solicitado la suspensión cautelar de la ejecución de dicha resolución del OARCC. Y en todos ellos ha sido denegada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en decisión inicialmente unánime si bien confirmada en reposición con un voto particular. Y contra esa denegación se han interpuesto otros tantos recursos de casación. El presente, el que se sigue con el número 3019/2013, interpuesto por la Generalidad de Cataluña, y el que lleva el número 3017/2013 promovido por ACCIONA AGUA, S.A. y ATLL. CONCESIONARIA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, S.A..

SEGUNDO.- Las razones de la estimación parcial del recurso especial por el OARCC mediante la resolución cuya suspensión cautelar se pretende.

La resolución 1/2013 del OARCC acogió en parte el recurso especial de SGAB porque 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 su valoración con cero puntos, como hizo 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.

El OARCC explica que

"(...) el termini de construcció de les obres no pot considerar-se orientatiu, sinó que ha de operar com a un límit màxim, doncs el contrari seria alterar el principi que l'objecte del contracte ha de ser cert i no impedir que puguin existir una adequada 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 referència". Y observa, también, que en él se dice que el programa de la otra agrupación "preveu una reducció de 3 anys en el termini màxim de executió" 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 era que "situar "algunes actuacions en un horitzó temporal superior al de referència" no ha de ser motiu de puntuació de zero punts, sino motiu d'exclusió (...)" pues, si 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 empitjorats 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 límits 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 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. Acceptar 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".

TERCERO .- Los autos de la Sección Quinta de la Sala deBarcelona.

(1º) El auto de 23 de febrero de 2013 comienza resumiendo los argumentos con los que ACL sostenía que se debía acordar la suspensión cautelar. Son éstos: (i) la resolución recurrida no anula propiamente ni la adjudicación ni la formalización del contrato; (ii) la nulidad del contrato solamente puede derivar de una declaración previa que la aprecie según el artículo 35 del Real Decreto Legislativo 3/2011 ; (iii) la inconsistencia del motivo determinante de la estimación parcial del recurso especial; (iv) los daños que comportaría la ejecución de la decisión del OARCC: un enorme coste económico que afectaría negativamente a la disminución del déficit de la Generalidad, el aumento de tarifas pues la de la SGAB es más alta, la situación de inseguridad que se crearía y la necesidad de mantener un servicio imprescindible.

En respuesta a estas alegaciones, la Sala de instancia, precisa que, si bien el OARCC no anuló formalmente el acto de adjudicación, "no pot haver dubte sobre el fet que la exclusió del licitador que va a obtenir la licitació comporta necessàriament l#anul.lació de l#acte de adjudicació. Per tant la resolució impugnada ha de ser entesa en aquest sentit". También subraya que el objeto del recurso es la resolución del OARCC que anula la adjudicación del contrato y que "és una conseqüència natural" de ella "l#anul.lació del contracte", según el artículo 35 del Real Decreto Legislativo 3/2011 .

Sentado lo anterior, niega el auto que asista a ACL la apariencia de buen derecho que la recurrente fundamenta en la debilidad de la resolución cuestionada. Frente a la afirmación de la actora de que el OARCC incurrió en error de valoración del pliego y de las respuestas dadas por la Administración a las consultas vinculantes de los licitadores y, ante la alegación de la demandada de que una de esas respuestas (página 22 del pliego de respuestas) establece el carácter obligatorio del orden y de la secuencia de las obras que figuran en el anexo, dice la Sala de Barcelona que no es éste el momento de valorar el grado de vinculación del mencionado programa de obras ni la medida en que se ajustan a él las propuestas de los licitadores. No obstante sí afirma que las anteriores consideraciones "permeten descartar que estiguem davant una il.legalitat notòria de la resolució impugnada que pugui fonamentar ara ja una decisió cautelar basada en l#aparença de bon dret del recurs interposat per l#actora".

Por lo que se refiere a los daños que la ejecución de la resolución de la OARCC pudiera comportar –para ACL la devolución de 298 millones de euros y una desconsolidación de 995.506.100 € que afectaría al déficit de la Generalidad de Cataluña en 2012, mientras que SGAB niega repercusiones económicas significativas por considerar perfectamente posible la sustitución del contratista– antes de ponderarlos se detiene en el carácter especial de la resolución impugnada. Se sirve para ello de la Directiva 2007/2006/CE de la que procede el recurso en cuya virtud la tomó el OARCC. Destaca, sobre todo, el énfasis que puso en la necesidad de dar una garantía eficaz a los licitadores y evitara que el transcurso del tiempo preciso para obtener la razón mediante los procedimientos de defensa ordinaria consolidara situaciones de hecho imposibles de reconducir pese a su ilegalidad. Recoge, al respecto, los considerandos 3º y 4º del preámbulo y recuerda que la mera interposición de este recurso produce efectos suspensivos cuando se impugna la adjudicación de un contrato hasta que se pronuncie el órgano especial y subraya su finalidad esencial: evitar una situación de hechos consumados que dificulte la posibilidad real de hacer efectiva la resolución del órgano imparcial. De ahí, observa, que la transposición de la Directiva a nuestro ordenamiento haya enfatizado su especial naturaleza ejecutiva (artículos 41 a 45 y 47.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011) y concluye que ha de reconocérsele una presunción de validez reforzada por el carácter imparcial del órgano del que proviene y que su ejecutividad se ha visto particularmente reforzada.



Desde estas premisas, dice a propósito de los perjuicios alegados por ACL –cifrados esencialmente en la consumación del contrato con todas sus consecuencias– que la posición de los contratistas es la misma, que los daños son simétricos de manera que, en este plano, no se puede valorar una posición por encima de la otra. En cuanto a los intereses de la Administración y el despliegue de los efectos del contrato, señala que este es, precisamente, el efecto que quiere impedir la Directiva y que se hace difícil aceptar que se invoque una situación que la propia Administración ha generado conscientemente. Tampoco percibe razones consistentes que permitan prever que el contrato quedará desierto y, por eso, apunta que los perjuicios se limitarían a la sustitución de un licitador por otro por lo que la Administración no perdería recursos financieros ni se vería afectado el cálculo del déficit de la Generalidad de Cataluña. No advierte problemas significativos desde la perspectiva de la gestión ni ve acreditado que el coste del eventual traspaso entre contratistas sea significativo. Y respecto de la posición de los trabajadores considera que la garantía que la demandada va a ofrecer será suficiente para cubrir el tiempo previsible de tramitación del pleito.

En definitiva, el auto indica que la posición de los licitadores es la misma por lo que hace al daño derivado de una u otra alternativa y que desde el punto de vista de los intereses públicos lo fundamental es que el servicio sea gestionado por el licitador que corresponda. Y, en cuanto a la hipótesis, improbable para la Sala de instancia, de que el servicio no se pueda adjudicar de nuevo, dice que no es bastante para fundamentar por sí sola la decisión cautelar. En todo caso, añade, no se debe descartar una nueva licitación y en tal supuesto los costes serían los de la mera tramitación y mantenimiento de la situación entre tanto.

También observa este auto que la Directiva 2007/66/CE aporta criterios específicos para valorar las repercusiones económicas de las decisiones sobre la eficacia de actuaciones contractuales cuestionadas. Se refiere a su artículo 2 *quinquies* que dice:

"Sólo se considerará que los intereses económicos constituyen razones imperiosas a la hora de mantener la eficacia del contrato en los casos excepcionales en que la ineficacia del mismo diese lugar a consecuencias desproporcionadas.

Ahora bien, no se considerará que los intereses económicos directamente vinculados al contrato en cuestión constituyen razones imperiosas de interés general. Entre los intereses económicos directamente vinculados al contrato cabe mencionar, entre otros, los costes derivados del retraso en la ejecución del contrato, los costes derivados de la convocatoria de un nuevo procedimiento de contratación, los costes derivados del cambio del operador económico que habrá de ejecutar el contrato y los costes de las obligaciones jurídicas derivadas de la ineficacia".

Para la Sala de Barcelona, los costes de transición se han de valorar conforme a este criterio. Y termina diciendo que no se ha acreditado que la eventual sustitución del concesionario comporte un cambio de la tarifa.

(2º) El *auto de 19 de julio de 2013* ha confirmado el anterior si bien uno de los magistrados de la Sala de instancia discrepa de esa decisión y defiende ahora la procedencia de la suspensión cautelar solicitada por ACL.

ACL fundamentó su recurso de reposición en los siguientes argumentos: (i) la resolución recurrida avanza perjuicios sobre el fondo del pleito: sus consideraciones sobre la anulación de la adjudicación y del contrato; (ii) falta el debido análisis de la apariencia de buen derecho; (iii) la resolución del OARCC no posee una ejecutividad superior a la de los demás actos administrativos; (iv) los daños de ACL, en cuanto adjudicataria, son mucho más intensos que los de SGAB pues a ésta solamente le asisten expectativas y los que sufrirían los caudales públicos se elevarían a 444,6 millones de euros con su repercusión en la consolidación de la deuda de la Generalidad de Cataluña en 2012, todo ello sin contar con que no se podría efectuar una segunda adjudicación y los perjuicios a los trabajadores y usuarios.

Las razones de la desestimación del recurso de reposición son, en síntesis, las que siguen.

(A) Las consideraciones de ACL sobre el alcance material de la resolución del OARCC y su invocación de la apariencia de buen derecho obligaron a la Sala a considerar si los argumentos de fondo en los que se apoyaba ponían de manifiesto a primera vista o no que le asiste la razón y los razonamientos hechos al respecto se dirigen únicamente a avanzar que "no constituyen hoy por hoy una evidencia suficientemente clara como para ser determinantes en la adopción de una medida cautelar".

Además, al alegar ACL los daños que comportaría la anulación del contrato, estaba asumiendo que la exclusión de ACCIONA- BTG Pactual se proyecta sobre la validez de la adjudicación y del contrato. El auto, por tanto, se limita a analizar los posibles escenarios a los que podría conducir la ejecución de la resolución del OARCC. Y, cuando dice que la descalificación de la oferta se refiere a toda ella y al consorcio que la presenta y no sólo a ACCIONA AGUA, S.A. no hace más que constatar una evidencia que se desprende de las actuaciones,



constatación que no supone un prejuicio sobre la resolución del recurso contencioso- administrativo porque se limita a interpretar la situación a los solos efectos de decidir sobre la medida cautelar.

(B) Respecto de la apariencia de buen derecho y frente a la alegación de que no se habría tenido en cuenta que la resolución recurrida reprocha a la oferta de ACCIONA-BTG Pactual superar el marco temporal de diez años cuando lo cierto es que lo respeta, la Sala de Barcelona recuerda que el OARCC no fundamenta su resolución en ese extremo sino que, siguiendo el informe técnico, se fija en la alteración de la distribución anual de las inversiones y en el retraso de algunas obras. Además, indica que se debe tener en cuenta la respuesta dada por la Administración a la consulta vinculante (artículo 131.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011) sobre la obligatoriedad del orden y la secuencia de las obras. Y, tras señalar que el auto valoró las alegaciones de la demanda sobre la variación en el orden temporal de determinadas obras, observa que evitó pronunciarse, por tratarse de una cuestión de fondo, sobre ese extremo limitándose a "poner de relieve que no se puede aceptar que tal alegación de la actora sobre la apariencia de buen derecho de este argumento sustantivo se presente ahora ya, en el momento liminar del proceso con una evidencia tal que justifique la adopción de la medida cautelar". Tampoco, añade, evidencia ilegalidad el argumento de que el OARCC no consideró la oferta de la demandada pues si el recurso se dirigía contra la adjudicación a ACCIONA-BTG Pactual era a su oferta a la que había que atender.

(C) Sobre la ejecutividad de la resolución del OARCC, la Sala de Barcelona se remite a las consideraciones del auto recurrido sobre el sentido que el ordenamiento de la Unión Europea y la Ley de Contratos del Sector Público le atribuyen. Y dice: "el imperativo de eficacia de esta acción que impone la Directiva 2007/66/CE y la finalidad de evitar en la medida de lo posible los hechos consumados ha de ser un valor a considerar al resolver, precisamente, sobre la eficacia de la resolución o sobre su suspensión".

(D) Respecto de la evaluación de los intereses y, en particular, de los daños aparejados a la suspensión o al mantenimiento de la eficacia de la resolución recurrida, frente a la alegación de ACL de que los que sufrirá serán superiores a los que pudiera padecer SGAB, dice que estamos ante un juego de intereses de suma cero, al menos en lo relativo al lucro cesante, pues en un contrato por cincuenta años tiene más peso que el daño emergente. Por lo que hace a los daños derivados de la eventual sustitución del contratista, los que el auto impugnado llama costes de transición, reitera que tienen naturaleza económica y, por tanto, son susceptibles de compensación; era ACL –añade– la que debía probar su naturaleza y cuantía y no bastan al efecto las invocaciones genéricas; la Directiva 2007/66/CE minimiza su relevancia para decidir sobre la eficacia de las resoluciones contractuales; en fin, no cabe, sin un estudio solvente sobre la repercusión sobre ellos de la tarifa correspondiente a la duración del proceso, considerar el daño a los usuarios, por lo demás no acreditado por la recurrente.

El *voto particular* que comparte las consideraciones de la Sala sobre la necesidad de garantizar la eficacia de la resolución del OARCC, sostiene que, pese a ello, las alegaciones de las partes debieron llevar a reconsiderar la decisión inicial y acoger la pretensión cautelar de ACL. Entiende que asiste a la recurrente la apariencia de buen derecho porque "resulta claro que la (resolución del OARCC) se basa en la atribución de un carácter vinculante al anexo 9 del pliego de cláusulas, pese a que éste proclama claramente su naturaleza no contractual" y que ese juicio "no se ajusta al contenido del pliego de condiciones, por lo que puede apreciarse, *ictu oculi*, que el razonamiento del Órgano de recursos no resulta acertado. De hecho, ninguna de las partes sostiene, como lo hace el OARCC, que el anexo 9 tenga carácter contractual en toda su extensión". Las aclaraciones realizadas por el órgano de contratación a instancia de los licitadores sobre el "orden y secuencia de las obras", sigue diciendo el voto particular, no fueron tenidas en cuenta por el OARCC". Se trata, dice, de un extremo "que se introduce en el marco de este proceso" y su "alcance resulta lógicamente discutido por las partes. En consecuencia, no constituye un criterio que pueda reforzar el *fumus boni iuris* de la resolución impugnada y su análisis debe quedar reservado para la sentencia que ponga término al proceso". Y concluye que de "cuanto antecede se desprende que la resolución del OARCC ha incurrido en un error manifiesto, ello sin perjuicio de los efectos que puedan derivar finalmente de las aclaraciones formuladas por el órgano de contratación al contenido del pliego de cláusulas, cuestión que no procede anticipar a este momento procesal".

También sostiene el voto particular que las alegaciones presentadas deberían conducir a reconsiderar la conclusión inicial de que, por no ser previsible que quedara desierto el concurso, el nuevo adjudicatario asumiría el abono de las cantidades a devolver al anterior sin que la Generalidad de Cataluña sufriera quebranto. Considera verosímil la afirmación de la Administración actora de que la otra licitadora deberá ser igualmente excluida en virtud de los criterios seguidos por la resolución impugnada pues un total de seis obras tampoco respeta el programa del anexo 9 del pliego y, por tanto, el concurso debería ser declarado desierto. Así, pues, la ejecución de la resolución del OARCC supondrá la necesidad de restituir a ACCIONA- BTG Pactual cerca de 300 millones de euros, "con las lógicas dificultades de tesorería en los actuales momentos" más un impacto en el déficit público del 0,51% del PIB de Cataluña, lo que podría hacer necesarias nuevas medidas de



austeridad. "Es obvio – añade el voto particular– que estas consecuencias económicas desbordan claramente el marco del contrato litigioso y tienen una incidencia macroeconómica que debe ser tenida en cuenta a la hora de resolver sobre la medida cautelar solicitada".

Por último, dice el magistrado discrepante que debe ponderarse especialmente que el contrato de autos "se refiere a la prestación de un servicio esencial (...) que afecta (...) a un número importantísimo de usuarios finales". Y, aunque la demandada alega que "el mantenimiento a precario del adjudicatario perjudicaría el interés público, lo mismo debe predicarse de la ejecución del acto impugnado". Además, termina, "no parece conveniente desde la perspectiva del interés público, que el encargado de la prestación de un servicio tan esencial se vaya modificando como consecuencia de los sucesivos recursos administrativos y jurisdiccionales (...)".

CUARTO.- El escrito de interposición de ACL . Antes de exponer los motivos de casación, recoge los antecedentes de su recurso. En ellos destaca el que califica de "hecho sumamente extraño", reflejado en el expediente, consistente en que el titular unipersonal del OARCC solicitó por correo electrónico el 20 de diciembre de 2012 a dos personas

–una de ellas miembro de la Mesa de Contratación– su opinión sobre cuestiones técnicas del recurso de SGAB referidas a la oferta de ACCIONA-BTG Pactual. Su respuesta, añade, obra igualmente en el expediente y se detiene en la comparación del programa de obras a realizar en los diez primeros años por ACCIONA-BTG Pactual y por SGAB. También señala que el OARCC levantó la suspensión automática del procedimiento de adjudicación del contrato y que la nueva empresa concesionaria tomó posesión efectiva del servicio el 1 de enero de 2013 y lo presta desde entonces, habiendo comenzado a realizar las inversiones de las obras previstas.

Los motivos de casación interpuestos por ACL son los siguientes.

(1º) *Infracción del artículo 130 de la Ley de la Jurisdicción por estimar los autos que la ejecución de la resolución del OARCC no hace perder su finalidad legítima al recurso contencioso-administrativo* . Para la recurrente, considerar, como hacen los autos, que esa ejecución se limita a la mera sustitución de una empresa concesionaria por otra es de "una simplicidad y falta de realismo insostenibles". Explica al respecto ACCIONA-BTG Pactual que, si se ejecuta, se deberá retrotraer el procedimiento al momento de valoración de las ofertas económicas excluyendo la suya pero no podrá proponerse la adjudicación a favor de SGAB, segundo y ya único licitador, porque también deberá excluirse su oferta en virtud de los criterios sentados por el OARCC, ya que incurre en los mismos (supuestos) vicios que la suya. Por tanto, prosigue, la licitación debería declararse desierta y quedaría sin prestador efectivo el servicio de suministro de agua a Barcelona ya que el ente público que lo prestaba (Ens d'Abastament d'Aigua) quedó, por imperativo legal (disposición adicional 2ª de la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2011, de 20 de diciembre), extinguido el mismo día de la formalización del contrato, y crear otro nuevo, llevará tiempo. Tampoco cabe, continúa, una segunda licitación inmediata pues los actuales licitadores han descubierto sus ofertas y no parece que haya otros interesados. Además, esa segunda licitación exigiría rehacer todos los cálculos por lo que su tramitación duraría más que el recurso contencioso-administrativo.

Por otro lado, una eventual sentencia estimatoria final no sería ejecutable porque se dictaría pasados varios años cuando la nueva empresa adjudicataria haya ejecutado ya su programa de obras e inversiones. Además, están, sigue diciendo la recurrente, las insuperables dificultades de financiación pues los prestadores internacionales requieren seguridad para comprometer mil millones de euros y la posibilidad de que la operación sea revocada judicialmente es un factor disuasorio definitivo. En este sentido ACCIONA-BTG Pactual nos dice que "no entraría en ninguna operación que revistiese esos riesgos; fuese cual fuese el prestatario".

Así, pues, el *periculum in mora* es evidente ya que si no se suspende la resolución impugnada se creará una situación irreversible: "no se trata sólo de lo que podríamos llamar un fenomenal lío, sino de la imposibilidad literal de cumplir en sus propios términos la sentencia que restituyese a ACCIONA-BTG Pactual en la posición que lícitamente ha ganado ahora". De ahí que coincida con "la sensata valoración que se hace en los votos particulares a los dos Autos aquí impugnados".

(2º) *Infracción del artículo 130.2 de la Ley de la Jurisdicción por estimar los autos que la ejecución de la resolución del OARCC no ocasionará una gravísima perturbación de los intereses generales y de tercero* . Por lo que hace a los primeros, reproduce parte de las alegaciones de la Generalidad de Cataluña en el recurso contencioso-administrativo 14/2013 –también dirigido contra esa resolución– y destaca que la Generalidad de Cataluña, de ejecutarse la resolución, tendría que (a) computar como mayor déficit público de 2012 la totalidad del canon concesional previsto: en torno a 1.000 millones de euros; (b) devolver el canon abonado por ACCIONA-BTG Pactual; (c) hacer frente a los restantes costes de transición justificados por los servicios de la Generalidad de Cataluña. En este contexto, subraya, los efectos de carácter macroeconómico



serían irreparables para Cataluña y para España pues el déficit público de la Comunidad Autónoma de 2012 aumentaría al menos en 5 puntos porcentuales y le impedirían definitivamente cumplir los objetivos de reducción del mismo. De nuevo, se hace eco en este extremo del voto particular.

Asimismo, rechaza que estemos ante un juego de suma cero pues el perjuicio que sufrirá ACCIONA-BTG Pactual si se ejecuta la resolución del OARCC es muy superior al de SGAB de no ejecutarse. Y es que –explica– resultó adjudicataria, ha tomado posesión del servicio y abonado cerca de trescientos millones de euros y desplazado todo el personal para prestar el servicio. La posición de la recurrida, en definitiva, no es la de la actora ya que SGAB solamente puede ganar mientras que ACCIONA-BTG Pactual tiene muchísimo que perder. Y el auto

desestimatorio del recurso de reposición no debería haber despachado en apenas dos líneas esta cuestión.

Recuerda, además, este motivo los perjuicios que se irrogarán al personal que presta directamente el servicio y a los consumidores finales del agua. Al primero ACCIONA-BTG Pactual le garantizaba el mantenimiento del empleo hasta por 580 meses, mejorando el pliego que requería solamente un mínimo de veinte meses, al que se ajusta la oferta de SGAB. Cuando este proceso termine, si fuera esta última la adjudicataria, habrán transcurrido con creces esos veinte meses y los trabajadores habrán sido sustituidos por personal de SGAB, con lo que estarán en el paro. El auto de 19 de julio de 2013, le reprocha la recurrente, nada dice sobre esto. Y el de 26 de marzo anterior despacha el asunto en dos líneas y media. Sobre los consumidores, apunta el motivo que las tarifas ofrecidas por SGAB eran un 11,5% superiores a las de ACCIONA-BTG Pactual. De nuevo, se queja la recurrente de que los autos no atendieran debidamente este extremo y se limitaran a decir que es preciso un estudio detenido para apreciar la repercusión en los consumidores. Y nos dice que el informe de la Directora del Área de Ingresos Tributarios de la Agencia Catalana del Agua, aportado por la Generalidad de Cataluña y en poder de la Sala de Barcelona, indica el coste adicional a sufragar por los usuarios que supondría la adjudicación del servicio a SGAB: 956,33 MC €.

La conclusión del motivo es que, frente al prudente criterio del voto particular, los autos no han hecho una ponderación razonable del impacto de la concesión o denegación de la medida cautelar.

(3º) Infracción del artículo 130 de la Ley de la Jurisdicción y del artículo 728.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil así como de la jurisprudencia sobre la apariencia de buen derecho. La infracción por la que la resolución del OARCC decidió excluir la oferta de ACCIONA-BTG Pactual es completamente inexistente. Los pliegos, nos dice, tienen una parte vinculante y otra que no lo es y la oferta se sometió en todo a ellos.

La primera consiste en la obligatoriedad de llevar a cabo una serie de obras (cláusula 1.3 del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares, prescripción tercera del Pliego de Prescripciones Técnicas) y de hacerlas dentro de los diez primeros años (cláusula 35, párrafo tercero). La segunda, la planificación de esas obras (Anexo 9 del Pliego), era meramente informativa y no vinculante. Su cronograma, dice, en el que se señalaban los años en que debían llevarse a cabo las obras dentro de esos diez iniciales, es el que ha inducido a notorio error al OARCC.

El escrito de interposición se pregunta por la razón que pudo llevarle a confundirse. Una hipótesis, explica, es que creyera que la oferta de ACCIONA-BTG Pactual preveía realizar esas obras más allá de los diez primeros años, plazo, sin duda, vinculante. Y que le indujera a confundirse la frase del informe técnico de valoración de las ofertas que dice "modifica la distribución anual de las inversiones respecto a la propuesta formulada al plec, situant algunes actuacions en un horitzó temporal superior al de referència". Pero, prosigue la recurrente, este informe no se está refiriendo a los diez años y, sobre todo, la oferta de ACCIONA-BTG Pactual situaba todas las obras dentro de ellos. El error, que califica "de bulto", cree la actora que pudo producirse por no haber dispuesto el OARCC de la oferta de ACCIONA-BTG Pactual pues no obra en el expediente. La otra posibilidad es que el OARCC haya considerado vinculante el cronograma del Anexo 9. Esa conclusión sería, afirma el motivo, igualmente contraria a Derecho porque las cláusulas 3 y 10 del Pliego dicen con claridad que ese Anexo 9 posee carácter indicativo y no contractual. Observa ACL que, además, su naturaleza no vinculante resulta confirmada (i) por el párrafo quinto de la cláusula 35, que permite a la Agencia Catalana del Agua decidir si se ejecuta o no alguna de las obras previstas; (ii) porque la distribución temporal de las inversiones ha de ser necesariamente indicativa y abierta ya que sólo así pueden las licitadoras construir su oferta y su plan de negocio; y (iii) porque si la programación es vinculante, no sólo habría que excluir a ACCIONA-BTG

Pactual sino también a SGAB, pues modifica igualmente la distribución temporal de las obras.

Vuelve aquí la recurrente al hecho anómalo que apuntó antes: la solicitud por el titular del OARCC de informe sobre el alcance del Anexo

9. Y dice que ha quedado claro el sentido de la expresión "programación temporal dentro del período máximo de diez años" tras los informes presentados por los técnicos de la Generalidad de Cataluña. Y, a continuación,



critica que el auto de 26 de marzo de 2013 no advierta la ilegalidad notoria de la resolución del OARCC y que el de 19 de julio siguiente diga que la exclusión de ACCIONA-BTG Pactual se debió a la infracción del plazo máximo de diez años. Le produce sorpresa esta conclusión porque de su oferta se desprende con claridad que las obras las realizaría dentro de ese período.

De ahí que coincida, de nuevo, con el voto particular y mantenga que el error –de ser ésta la razón de la decisión de la Sala de Barcelona– se aprecia *ictu oculi*. Y que si, por el contrario, se halla en tener por vinculante el Anexo 9, la ilegalidad es igualmente notoria.

Por último, el escrito de interposición observa que el auto de 19 de julio de 2013 sienta unas consideraciones que predeterminan el contenido de la sentencia que se dicte en su día. Desde el auto, explica, la sentencia es "la crónica de una desestimación anunciada, que tiene su antecedente en la resistencia a conceder una medida cautelar que todas las circunstancias aconsejan". Predeterminación que, termina, infringe la jurisprudencia expresada en la relación de sentencias que cita y solamente la estimación del recurso de casación impedirá que sea inexorable.

QUINTO.- La oposición de SGAB. La recurrida también hace una exposición de los antecedentes en la que tacha de inexactos los relatados por la actora, denuncia el que llama "escandaloso incumplimiento por el Gobierno catalán" de la resolución del OARCC,

reprocha a la actora prevalerse de los hechos, es decir de la formalización y ejecución del contrato y pretender que el Tribunal Supremo confirme una suspensión que ya se ha producido en la realidad. Expone, después, el curso del procedimiento y destaca la, a su entender, superioridad de su oferta técnica y que ACCIONA-BTG Pactual recibió la adjudicación por la puntuación muy elevada que recibió su oferta económica. También recuerda que, tras la adjudicación se modificaron al alza las tarifas –actuación, nos dice, objeto del recurso nº 346/2013– y afirma que no hubo irregularidades en el procedimiento ante el OARCC y que la recurrente no adujo ninguna en la pieza de suspensión. Asimismo, dice SGAB que tuvo que solicitar medidas cautelares –acordadas por la Sala de Barcelona– para tener vista del expediente completo ante, dice, los obstáculos opuestos por la Administración. Y precisa que el levantamiento de la suspensión por parte del OARCC no fue de oficio sino a instancia de la Generalidad de Cataluña y en razón de la brevedad de los plazos en los que debía resolver. Finalmente, recoge la traducción al castellano de los razonamientos de los autos de 26 de marzo y 19 de julio de 2013 que contienen su *ratio decidendi*.

Seguidamente, opone a los motivos de casación cuanto sigue.

(1º) *Los autos, mantiene SGAB, no eludieron la cuestión del periculum in mora*. En realidad, el único alegado por la recurrente fue el riesgo de la declaración de nulidad del contrato contra el cual la recurrida tiene interpuesto el recurso 13/2013 ante la misma Sala de Barcelona por haberse formalizado pese a la resolución del OARCC. Y a esa alegación respondió el auto de 26 de marzo. Además, el recurso de reposición de ACL no menciona los conceptos *periculum in mora* y "finalidad legítima del recurso". En realidad, sigue diciendo el escrito de oposición, no hay peligro de pérdida de esa finalidad y la dificultad de la ejecución no es razón para suspender un acto impugnado, especialmente si la dificultad no deriva de él sino de su incumplimiento.

Considera que la argumentación del primer motivo es contraria a todas las normas rectoras de la contratación pública, de los recursos especiales en la materia, de la tutela judicial efectiva y, particularmente, de la Directiva 2007/66/CE. Además, pretendiéndose la suspensión de un acto negativo, la anulación de la adjudicación, no cabe apreciar *periculum in mora*. La finalidad legítima del recurso, aclara, sólo puede ser la de permitir que el órgano judicial competente controle a la Administración y esa finalidad no se ve comprometida si no se adopta la medida cautelar. En cambio, tomarla impediría que la sentencia, de confirmar la legalidad de la resolución del OARCC, tuviera utilidad. Así, subraya, sería la suspensión cautelar la que privaría al recurso de su finalidad legítima, como sucede en todos los casos en que no se busca el mantenimiento del *status quo* sino su modificación. Por eso, la jurisprudencia es firme en la denegación en supuestos como éste de la suspensión de actos negativos.

En fin, considera que la Sala de Barcelona no ha pecado de falta de realismo y que lo que suceda en adelante con la adjudicación son hechos futuros e inciertos ajenos al debate actual, niega que la oferta de SGAB deba ser también excluida y sostiene que, ante una eventual nueva licitación, el perjuicio sería el mismo para ambos licitadores y que el riesgo de la imposibilidad de ejecutar la sentencia que se dicte es igual para los dos. Insiste en que ACCIONA-BTG Pactual no tiene derechos adquiridos por haberse anulado la adjudicación y en que no se puede fundamentar una medida cautelar en el temor a los recursos. El "fenomenal lío" al que se refiere el motivo, termina, se debe al incumplimiento de la resolución del OARCC y eso no justifica su suspensión.

(2º) *Los autos ponderan razonablemente los intereses en juego*. Le llama la atención que la recurrente no diga nada sobre los argumentos de la Sala de Barcelona respecto del sentido del recurso especial en materia de



contratación ni de las consecuencias que de ello extrae respecto de la apreciación de esos intereses. Por otra parte, indica que sí se refieren los autos a los concretos perjuicios y destaca que, para la Sala de instancia, no compensan el interés fundamental de que el servicio sea gestionado por quien legalmente corresponda, extremo sobre el que, dice, nada argumenta la recurrente. Considera, por otro lado, inadmisibles que se aduzcan los daños alegados por la Generalidad de Cataluña en otro proceso –la pieza de medidas cautelares del recurso 14/2013– y dice que ACL no está legitimada para defender los intereses de la Generalidad de Cataluña así como que los argumentos en que descansan carecen del menor fundamento y no fueron acogidos por la Sala de instancia que los rechazó en el auto de 16 de julio de 2013, ajeno al presente recurso de casación. Insiste SGAB en que no se ha justificado que la ejecución de la resolución de la OARCC comporte la devolución de cerca de 1.000 millones de euros y computar el correspondiente mayor déficit en 2012.

En todo caso, entiende SGAB que los perjuicios alegados por la Generalidad de Cataluña no podrían computarse como razón para suspender pues el artículo 2 *quinquies* de la Directiva 2007/66/CE, no permite considerar los intereses económicos directamente vinculados al contrato. Además, dice que, anulada la adjudicación a ACCIONA-BTG Pactual debe revertirse la desconsolidación del déficit de 2012 y ser sustituida por otra distinta una vez adjudicado correctamente el contrato. En cuanto a los intereses respectivos, rechaza el escrito de oposición que, frente a los derechos de ACCIONA-BTG Pactual, SGAB solamente tenga expectativas. La posición de ambas licitadoras, dice, es la misma. Sobre el personal, indica que su oferta se acogió a los pliegos y alude a la conflictividad que estaría causando su traslado por ACCIONA-BTG Pactual a otra sociedad. Y, sobre los consumidores finales, observa que el informe de la Generalidad de Cataluña en el que se apoya el motivo no obra en este proceso sino en otro distinto.

Termina SGAB su oposición al segundo motivo afirmando que el interés público prevalente, el derecho a la tutela judicial efectiva en materia de contratación pública y la aplicabilidad directa de la Directiva 2007/66/CE que los tribunales de justicia deben procurar, conducen a la conclusión de que la Sala de Barcelona actuó correctamente.

(3º) *No hay el error patente denunciado por la actora sino su discrepancia con el criterio seguido por los autos impugnados*. No le parece admisible a SGAB que se sostenga que la resolución del OARCC es susceptible de dos interpretaciones y, al mismo tiempo, se diga que incurre en error notorio. Además, dice que el motivo de casación no imputa a esos autos una interpretación incorrecta de la apariencia de buen derecho en materia de medidas cautelares ni que se haya apartado de la jurisprudencia. Discute, prosigue SGAB, la valoración de los hechos, el recurso de casación no es un medio hábil para revisarlos y la actora no ha combatido correctamente la apreciación de la prueba.

Resalta SGAB que el escrito de interposición escamotea la *ratio decidendi* de la resolución 1/2013 del OARCC. Para explicar esta afirmación, describe el procedimiento de contratación. Y destaca que el proyecto de explotación debía comprender la programación de las 36 obras que el apartado 2.3 del Anexo 9 exigía que se realizaran en los primeros diez años y respecto de cuya ejecución y correspondientes inversiones establecía un orden y un calendario. Recuerda que uno de los licitadores pidió expresamente al órgano de contratación que aclarara antes de la presentación de las ofertas si la proposición técnica debía ajustarse al orden y secuencia de las obras previstos en dicho proyecto. La respuesta vinculante del órgano de contratación, señala SGAB, fue afirmativa y se publicó, conociéndola ambos licitadores. Añade que el órgano técnico de asistencia a la Mesa de Contratación atribuyó cero puntos a ACCIONA-BTG Pactual por este concepto porque 25 de las 36 obras incumplían la programación prevista en el Pliego. Y que la valoración del informe técnico fue recogida por la resolución del OARCC.

No se advierte, subraya, error alguno en ella. Explica claramente por qué la programación no podía considerarse indicativa sino vinculante. Y los autos tienen en cuenta la argumentación del OARCC. En cambio, critica SGAB, el voto particular sí incurre en grave error pues avanza un criterio sobre la cuestión de fondo sin contar con todos los elementos de juicio y atribuye a la resolución recurrida la afirmación de que el Anexo 9 es vinculante en toda su extensión cuando no dice eso y reproduce el fragmento correspondiente del fundamento jurídico 8º de la resolución (el final del párrafo central de su página 11). Después dice que lo manifestado por el OARCC "no impedía considerar que el objeto del contrato debía ser cierto y que los licitadores debían atenerse a la programación de obras establecida en los pliegos, como aclaró el propio órgano de contratación con carácter vinculante". Por último, SGAB rebate las razones por las que ACL entiende confirmado el carácter indicativo del Anexo 9 y, respecto de las que sostienen que también deberá ser excluida la oferta de SGAB, observa que eso sólo se podrá analizar después de que se le adjudique el contrato y no en esta pieza de medidas cautelares del recurso contra la resolución que excluyó la de ACCIONA-BTG Pactual.

SEXO.- La singularidad de la controversia. No hay duda de que la controversia suscitada por el presente recurso de casación tiene características singulares. En efecto, versa sobre la adjudicación de un contrato particularmente relevante ya que se refiere al abastecimiento de agua a cientos de miles de personas y posee



una enorme trascendencia económica tanto para las dos agrupaciones que participaron en la licitación cuanto para la Generalidad de Cataluña de manera que afecta a importantísimos intereses públicos y privados. Los escritos de las partes son coherentes con esa dimensión y contienen ambas elaboradas argumentaciones en defensa de sus respectivas posiciones y los autos impugnados también son conscientes de la entidad del problema al que se han enfrentado y reflejan el esfuerzo llevado a cabo por los magistrados de la Sección Quinta de la Sala de Barcelona para responder a las pretensiones de recurrente y recurrida. El resumen que hemos hecho de las resoluciones impugnadas y de los escritos de interposición y de oposición, deliberadamente extenso, para reflejar con la mayor precisión posible los términos del debate que hemos de resolver, lo pone de relieve.

Además de las circunstancias anteriores, contribuye a dotar de un significado especial a este litigio el dato de que el recurso contencioso-administrativo en cuyo seno se promovió el incidente de medidas cautelares no tiene por objeto una actuación de la Administración en materia de contratos, sino la resolución dictada por el OARCC. Es ésta la que la recurrente ACL pretende que se suspenda y, como ya sabemos, consiste en la exclusión de la oferta de ACCIONA-BTG Pactual de la licitación convocada para adjudicar el contrato de gestión del servicio de abastecimiento de agua en alta Ter-Llobregat, siendo así que era la adjudicataria del mismo. Se discute la legalidad de la resolución de un órgano especializado, específicamente creado por el legislador catalán (disposición adicional cuarta de la Ley del Parlamento de Cataluña 7/2011, de 27 de julio, de Medidas Fiscales y Financieras de Cataluña), de conformidad con el artículo 40.3 del Real Decreto Legislativo 3/2011 para, desde su plena independencia funcional (artículo 40.1), resolver el recurso especial en materia de contratación introducido en nuestro ordenamiento jurídico por efecto de la Directiva 2007/66/CE y regulado ahora en estos artículos 40 y siguientes del citado Real Decreto Legislativo.

Se trata éste de un recurso de tramitación ágil pensado para, según la Directiva, poner remedio a la práctica observada en los poderes adjudicadores y las entidades contratantes de proceder a la firma acelerada de los contratos para "hacer irreversibles las consecuencias de la decisión de adjudicación controvertida" (considerando 4º). Por eso, el artículo 2.8 requiere a los Estados velar "por que las decisiones adoptadas por los órganos responsables de los procedimientos de recurso puedan ser ejecutadas de modo eficaz".

Así, pues, la perspectiva, desde la que debemos enjuiciar este litigio es la querida por los legisladores europeo y, en consonancia con él, español. Esto es, la de preservar la funcionalidad de este mecanismo de garantía prejudicial en el que, por los rasgos que definen legalmente al órgano que lo aplica y al procedimiento del que se sirve, concurre una cualificada presunción de legalidad y acierto, superior, si se quiere, a la que con carácter general se predica de la actuación administrativa (artículo 57.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

Señaladas esas peculiaridades, estamos en condiciones de pronunciarnos sobre los tres motivos de casación interpuestos por ACL para lo que nos ayudará la exposición que ya hemos hecho del contenido de los autos y de las posiciones de las partes. Pronunciamiento que, como se verá, lleva a la desestimación del recurso de casación.

SÉPTIMO.- El recurso contencioso-administrativo no ha perdido su finalidad legítima. No advertimos la infracción del artículo 130 de la Ley de la Jurisdicción que la recurrente imputa a los autos impugnados. El primer motivo de casación descansa sobre la tesis de que, de no suspenderse la resolución 1/2013 del OARCC, se creará un fenomenal lío porque no es viable la sustitución de ACCIONA-BTG Pactual por SGAB ya que, por las mismas razones que llevaron a su exclusión, también la oferta de esta última debería ser excluida y una nueva licitación llevaría mucho tiempo de manera que el servicio quedaría sin prestador efectivo. Además, avanza que una eventual sentencia final estimatoria no sería ejecutable porque, para cuando se dicte, el nuevo adjudicatario ya habrá realizado las obras e inversiones. Añade que siendo previsible la impugnación de una nueva convocatoria, no lo es que haya licitadores que se arriesguen a participar en ella. Por eso, elogia el criterio de los dos votos particulares.

Dejando al margen el detalle de que el primer auto, el de 26 de marzo de 2013, no cuenta con ningún voto particular, observamos que la argumentación de ACL es, en parte, contradictoria pues tras augurar que no habrá quien preste el servicio, luego acepta que lo haya y que, además, esté en condiciones de ejecutar obras e inversiones hasta tal punto de crear un estado de cosas irreversible. Parece aceptar, pues, una de las razones por las que los autos consideraron que no concurría el *periculum in mora*: que no haya una situación de vacío sino que otro contratista asuma el servicio. Ese doble y opuesto planteamiento debilita su fuerza persuasiva. Por otra parte, la conclusión de ACL sobre la suerte de la oferta de SGAB la deduce del sentido que atribuye a la resolución del OARCC. Sin embargo, en ella no hay ninguna manifestación sobre tal extremo y prejuzgar lo que pueda ocurrir al respecto excede de este incidente. Por tanto, tampoco es un elemento hábil para sostener la tesis defendida por el recurrente, como no lo es el efecto derivado de los recursos que puedan interponerse



contra las nuevas actuaciones de la Generalidad de Cataluña a propósito de este contrato, la dificultad de obtener financiación o, simplemente, de comprometerse en una licitación, pues, aunque no sean irrazonables en sí mismos los argumentos, su carácter hipotético, tiene razón SGAB, les priva de valor determinante.

En definitiva, en los razonamientos desplegados por ACL, pese a estar perfectamente trabados, no encontramos apoyo suficiente para aceptar que, como dice el encabezamiento del motivo, de no suspenderse la resolución 1/2013 del OARCC el recurso perderá su finalidad legítima. Y es que, frente a la indicada especial significación de las decisiones del órgano llamado a impedir las adjudicaciones precipitadas y los hechos consumados en materia de contratos del sector público, no nos ha ofrecido razones bastantes para desvirtuar las que llevaron a la Sala de Barcelona a denegar la medida cautelar. En este punto, conviene recordar que la Generalidad de Cataluña procedió a formalizar el contrato sin esperar a la resolución del OARCC.

En fin, de prosperar el recurso contencioso-administrativo, ACCIONA-BTG Pactual, tal como también recordó la Sala de instancia, de no ser posible su reposición como adjudicataria, podrá ser resarcida al igual que sucede en los casos en que se dirimen pretensiones susceptibles de cuantificación económica.

OCTAVO.- Es correcta la ponderación de intereses efectuada por la Sala de Barcelona . Ante todo, debemos confirmar el punto de partida desde el que los autos se pronuncian sobre la cuestión, que no es otro que el adoptado por la Directiva 2007/66/CE de la que trae causa el recurso especial en cuya virtud se adoptó la resolución que ACL quiere ver suspendida. Punto de partida que consiste en dar preferencia al interés público cuya satisfacción se ha buscado instituyendo ese remedio. O sea el de hacer posible una revisión eficaz de la legalidad de la adjudicación de contratos como la disputada por una instancia especializada, dotada de independencia, mediante un procedimiento ágil que lleve a una decisión rápida que, además, se lleve a efecto. Por eso, insisten tanto los considerandos de la Directiva en que este recurso debe ser eficaz y su artículo 2.8 lo enfatiza cuando ordena a los Estados velar para que las resoluciones que lo resuelvan sean ejecutadas de modo eficaz.

En estrecha relación con este presupuesto está la relativización que hace la Directiva de los que llama intereses económicos a la hora de decidir sobre el mantenimiento de la eficacia del contrato. El auto de 26 de marzo de 2013 recoge el texto del artículo 2 *quinquies*. 3 que la expresa con toda claridad. Frente a ello, la recurrente nos habla de las consecuencias que, a su entender, tendrá para los intereses públicos que encarna la Generalidad de Cataluña, para los suyos propios y para los relacionados con el personal y los consumidores la ejecución de la resolución recurrida.

Pues bien, si consideramos los intereses públicos mencionados, es menester poner de manifiesto que la recurrente quiere que prescindamos de los que están unidos a la rápida ejecución de las decisiones del órgano independiente que tiene encomendada la resolución del recurso especial. En otras palabras, que ignoremos las exigencias de eficacia que quiere para ella la Directiva, a la cual hemos de recurrir en la interpretación de nuestra regulación legal ya que ésta es fruto de su transposición. Es más, que mantengamos una situación de hecho que carece de justificación desde la eficacia que debe reconocerse a la resolución del OARCC, cuya singular relevancia destacan las normas europeas y españolas.

Por otra parte, si consideramos la incidencia económica para los intereses públicos por los que vela la Generalidad de Cataluña de la adopción o denegación de la medida cautelar, habrá que reconocer que dependerán esencialmente de la suerte que haya de correr el concurso y de la adjudicación que finalmente se efectúe, por lo que no cabe tenerlos por tan precisos y determinados como mantiene ACL. En cualquier caso, si no se puede desconocer que serán notables de no suspender cautelarmente la resolución impugnada y luego se dictare una sentencia estimatoria, tampoco se puede negar que tendrán una dimensión semejante, cuando no superior si, concedida la medida cautelar ahora y, por tanto, mantenida la situación de hecho que se prolonga desde el 1 de enero de 2013, la sentencia que finalmente se pronunciare desestimara las pretensiones de ACL y confirmara la legalidad de lo resuelto por el OARCC. Si, además, tenemos presentes el criterio de la Directiva contrario a considerar a estos efectos los intereses económicos directamente vinculados al contrato, como hizo la Sala de Barcelona, deberemos concluir del mismo modo en que lo hicieron los autos.

Otro tanto hay que decir sobre los daños que nos dice ACL sufrirá la agrupación cuya oferta mereció la adjudicación para el órgano de contratación pero debió ser excluida de la licitación y lo ha sido por el OARCC. Además de serle aplicable el criterio recién recordado, hay que entender que la respectiva posición de ACCIONA-BTG Pactual no es tan diferente de la de SGAB desde este punto de vista porque si ACL aduce los derechos que asisten a la primera por haber recibido la adjudicación, SGAB puede alegar algo más que expectativas desde el momento en que la oferta de su competidora ha quedado excluida de la licitación por virtud de la resolución del OARCC en un procedimiento al que solamente concurren las dos y no parece que los efectos derivados del hecho de no haberse ejecutado como se debía la resolución del OARCC, deban prevalecer, precisamente porque se han producido en un contexto ajeno a las previsiones legales.



En fin, los intereses del personal y los de los consumidores no se han hecho valer con el grado de concreción preciso para que debamos entender que la Sala de Barcelona no hizo correctamente la ponderación exigida por el artículo 130.2 de la Ley de la Jurisdicción . En definitiva, tal como apreció sin ninguna discrepancia el auto de 26 de marzo de 2013 , desde ese punto de vista, no procedía la suspensión cautelar pretendida.

NOVENO.- No se aprecia *ictu oculi* un error notorio en la resolución del OARCC que acredite la apariencia de buen derecho de ACCIONA-BTG Pactual . Tampoco advertimos que los autos recurridos hayan incurrido en error notorio ni desconocido la apariencia de buen derecho que pudiera asistir a la agrupación de empresas que recibió la adjudicación y formalizó el contrato con la Generalidad de Cataluña. Por tanto, no han infringido ni el artículo 728.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ni la jurisprudencia sobre el *fumus boni iuris* .

ACL sostiene que es inexistente la infracción que el OARCC vió en la oferta de ACCIONA-BTG Pactual y que incurre en error notorio porque o toma como superado por ella el plazo de diez años en que se deben hacer las obras e inversiones previstas en el Anexo 9, siendo evidente que no lo supera, o entiende que el cronograma incluido en ese Anexo es vinculante cuando claramente se dice que es indicativo y, por tanto, no contractual. Antes el voto particular al auto de 19 de julio de 2013 sostuvo que la resolución del OARCC incurrió en error notorio, visible *ictu oculi* , por afirmar el carácter vinculante de lo que los pliegos dicen que es indicativo, siendo ésta una de las razones de la discrepancia del magistrado que lo suscribe.

La lectura de la resolución 1/2013 del OARCC en la que se reproducen los párrafos más significativos del informe técnico permite despejar toda posibilidad de error respecto al plazo de diez años. Y confirma que, siendo consciente quien la dicta de que los pliegos hablan del carácter indicativo del anexo 9, sin embargo encuentra razones –y las explica– por las que entiende que no deben serlo el orden y el tiempo de las obras que deben llevarse a cabo en los diez primeros años del contrato. El resumen que hemos hecho de esa resolución lo refleja. Por tanto, no es posible apreciar con un vistazo el error o infracción que habría cometido el OARCC sino que es preciso reflexionar sobre si las razones que desarrolla conducen efectivamente o no a que, pese al tenor de los pliegos, el cronograma sea vinculante. Llevar a cabo ese examen supone decidir el pleito porque ahí está el fondo de la controversia y, como estamos diciendo, no advertimos, no ya con un vistazo, sino con una lectura detenida el error patente del que hablan el voto particular y la recurrente.

La circunstancia de que la propia Generalidad de Cataluña confirmara expresamente a Aigües de Barcelona antes de la presentación de las ofertas, que el programa de ejecución de las obras que debía proponer el licitador "permetrà la adaptació del calendari proposat però s'haurà de respectar en tot cas l'ordre i seqüència de les obres", corrobora que lo que para el voto particular y la recurrente está claro no lo es.

En cuanto a la anomalía que ve ACL en que el titular del OARCC pidiera informe a dos personas sobre, entre otros extremos, el relativo al orden y la secuencia de las obras, no altera cuanto hemos dicho. Es significativo que consten en el expediente la solicitud y el informe, que la resolución recoja los términos relevantes de ese dictamen y, también, que, como señala la recurrida, nada dijera al respecto ACL ante la Sala de instancia sobre el particular.

Al contrario de lo que nos dice la recurrente, no encontramos en el auto de 19 de julio de 2013 una toma de posición sobre el fondo del proceso que predetermine el sentido de la sentencia que haya de dictar la Sala de Barcelona. En su lugar, vemos el propósito de atenerse a una consolidada jurisprudencia que sigue con suma prudencia el criterio de la apariencia de buen derecho para adoptar medidas cautelares como la que se ha solicitado en este caso. Y, como dice el propio auto al responder al reproche que en este mismo sentido hacía el recurso de reposición al de 26 de marzo de 2013 , las consideraciones relacionadas con el problema de fondo no hacen más que responder en sede cautelar y con la limitación propia del juicio que en ella se debe hacer, a alegaciones de la recurrente que planteaban extremos relacionados con ese fondo.

DÉCIMO.- Costas . A tenor de lo establecido por el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción , procede imponer las costas a la parte recurrente pues no se aprecian razones que justifiquen no hacerlo. A tal efecto, la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese precepto legal, señala como cifra máxima a que asciende la imposición de costas por todos los conceptos la de 6.000 €. Para la fijación de la expresada cantidad se tienen en cuenta los criterios seguidos habitualmente por esta Sala en razón de las circunstancias del asunto y de la dificultad que comporta.

En atención a cuanto se ha expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española,

FALLAMOS

Que no ha lugar al recurso de casación nº 3014/2013, interpuesto por Aigües de Catalunya, Ltd. contra el auto de 26 de marzo de 2013 , confirmado por el del 19 de julio siguiente, dictados ambos por la Sección Quinta de



la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y recaído en el recurso 38/2013 e imponemos a la parte recurrente las costas del recurso de casación en los términos señalados en el último de los fundamentos jurídicos.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D. José Manuel Sieira Míguez

D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez D. Nicolás Maurandi Guillén

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva D^a. Celsa Pico Lorenzo

D. José Díaz Delgado D. Vicente Conde Martín de Hijas

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 Secretario, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CEMOJ