

Barcelona, 2 de gener de 2013

Resolució núm.: 1/2013

Vist el recurs interposat pel senyor A.J.M. en nom i representació de la Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. (SGAB) contra l'acord d'adjudicació del contracte de gestió del servei de proveïment d'aigua en alta Ter-Llobregat (procediment 2012003800) del Departament de Territori i Sostenibilitat de la Generalitat de Catalunya, a data d'avui, aquest Òrgan, ha adoptat la següent Resolució.

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. En data de 14 de febrer de 2012, s'acorda per part del Govern la licitació del contracte de gestió del servei de proveïment d'aigua en alta Ter-Llobregat. En data de 22 de maig, el Govern acorda modificar l'Acord de Govern de data de 14 de febrer.

SEGON. En data 1 d'agost de 2012 es va publicar en el DOUE l'anunci de licitació del contracte esmentat a l'encapçalament. De la mateixa manera, es publica en el DOGC el 3 d'agost de 2012, i en el BOE el 4 d'agost de 2012.

TERCER. En data 6 de novembre de 2012, es va dictar la Resolució de l'òrgan de contractació d'adjudicació del contracte de concessió referenciat a l'encapçalament a l'empresa Acciona Agua S.A. (en endavant Acciona).

QUART. En data 23 de novembre a les 16:53 hores, l'empresa SGAB anuncia la interposició del recurs especial en matèria de contractació i, en la mateixa data, té entrada davant el registre de l'Òrgan Administratiu de Recursos Contractuals de Catalunya (OARCC, en endavant), el recurs especial en matèria de contractació presentat per l'empresa SGAB.

CINQUÈ. La recurrent fonamenta les seves pretensions en les següents qüestions:

- Concurrència en l'adjudicatària d'un supòsit de prohibició de contractar amb la Generalitat de Catalunya: un alt càrrec de la Generalitat forma part del consell d'administració d'Acciona.
- Incompliment per part de l'adjudicatària de l'obligació d'aportar documents preceptius exigits pel PCA: memòria justificativa de l'agrupació i pla d'igualtat.
- Valoració de la proposició tècnica de l'adjudicatària: inadequació, insuficiència i incompliments del PCA.
- Valoració de l'oferta econòmica de l'adjudicatària: irrealitat i inconsistència.
- Vulneració manifesta i reiterada dels principis de transparència i d'igualtat de tracte entre els candidats per afavorir a l'adjudicatària.

SISÈ. En data de 26 de novembre de 2012, l'OARCC posa de manifest a l'òrgan de contractació la interposició del recurs, i reclama l'expedient administratiu. En data de 28 de novembre, té entrada davant el registre de l'OARCC l'informe de l'òrgan de contractació.

SETÈ. En data 28 de novembre de 2012, la part actora presenta escrit davant l'OARCC en el que demana la suspensió de la tramitació del procediment un cop dictada la Interlocutòria de 23 de novembre de 2012 del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i donat que no se li havia donat encara vista de l'expedient sencer. En data de 30 de novembre, atesa vista la interlocutòria del TSJ de Catalunya, i davant la petició de la recurrent, aquest OARCC va resoldre suspendre la tramitació interna del procediment que afecta al nostre còmput per a resoldre els expedients que tenim encomanats, tot concedint un termini de 10 dies per a presentar al·legacions addicionals des de la data que el Departament de Territori i Sostenibilitat de la Generalitat de Catalunya ens informi que s'hagui donat compliment al manament judicial.

VUITÈ. En data de 30 de novembre de 2012, aquest OARCC acorda, ponderant raons d'interès públic, l'aixecament de la suspensió automàtica del procediment -prevista a la

normativa- i dicta el 3 de desembre de 2012 una nota d'aclariment a petició del Departament de Territori i Sostenibilitat de la Generalitat de Catalunya.

NOVÈ. El Departament de Territori i Sostenibilitat de la Generalitat de Catalunya, informa a aquest OARCC que ha donat compliment al manament judicial en data de 30 de novembre de 2012. Comença llavors el període de 10 dies hàbils, fins al 14 de desembre inclòs, concedits a l'empresa recurrent per presentar al·legacions addicionals.

DESÈ. En data de 13 de desembre de 2012, dins del termini dels 10 dies hàbils concedits per aquest OARCC, té entrada davant el registre de l'OARCC al·legacions complementàries de la SGAB al recurs especial en matèria de contractació interposat en data de 23 de novembre de 2012.

ONZÈ. En data de 15 de desembre de 2012, un cop finalitzat el termini de suspensió de 10 dies hàbils, es dóna trasllat a les parts interessades del contingut del recurs especial i de les al·legacions complementàries presentades per la empresa recurrent. El dia 17 de desembre arriba el nostre escrit a l'empresa Acciona, que té llavors fins al dia 22 de desembre per presentar al·legacions al recurs.

DOTZÈ. En data 19 de desembre de 2012 té entrada davant el nostre registre informe complementari de l'òrgan de contractació, un cop vistes les al·legacions complementàries formulades per la recurrent.

TRETZÈ. En data de 20 de desembre de 2012, té entrada davant el registre de l'OARCC escrit d'al·legacions de l'empresa Acciona.

FONAMENTS DE DRET

PRIMER. Aquest Òrgan Administratiu de Recursos Contractuals de Catalunya (en endavant, OARCC) resulta competent per a resoldre de conformitat amb el que disposa l'article 40.1.c) del Text Refós de la Llei de contractes del sector públic (des

d'ara, TRLCSP), aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, i la Llei 7/2011, de 27 de juliol, de mesures fiscals i financeres de la Generalitat de Catalunya.

SEGON.- El recurs ha estat interposat per persona legitimada, d'acord amb l'article 42 del TRLCSP atesa la condició d'empresa licitadora en el procediment, i queda acreditada la representació per actuar en aquest procediment.

TERCER.- El recurs s'interposa contra l'adjudicació del contracte de conformitat amb l'article 40.2.c) del TRLCSP.

QUART.- El recurs especial en matèria de contractació s'ha presentat dins del termini de quinze dies previst a l'article 44.2 del TRLCSP i en forma, ja que compleix amb els requisits establerts a l'article 44.4 del TRLCSP.

CINQUÈ. A la vista de l'expedient aquest OARCC, constata que ha estat un expedient tècnicament molt complex d'elaborar, amb un ampli abast de criteris no només tècnics, sinó jurídics i econòmics.

Hem de tenir en compte que és tracta d'un procediment de licitació d'un contracte de gestió de serveis públics, modalitat concessió, de gestió de la xarxa d'abastament d'aigua d'una durada de 50 anys, i que comporta una tarifa que hauran de pagar els usuaris.

Com a qüestions prèvies, abans d'entrar en el fons de l'assumpte cal posar de manifest per part d'aquest OARCC quatre factors importants.

En primer lloc, com ja va assenyalar aquest OARCC en la Resolució núm. 35/2012, l'OARCC té exclusivament una funció revisora dels actes recorreguts per tal de determinar si s'ha produït un vici de nul·litat o anul·labilitat, conforme amb l'establert, per al conjunt dels recursos administratius, a l'article 107.1 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i el procediment administratiu comú (en endavant, Llei 30/1992) i l'article 47 TRLCSP respecte d'aquest OARCC, de manera que, d'existir els esmentats vicis o incompliments dels principis de la contractació pública, aquest Òrgan ha de procedir a anul·lar l'acte o actes, i ordenar retrotraure les actuacions al moment anterior al moment que el vici es va produir, però

sense que l'OARCC pugui substituir la competència dels òrgans de contractació. És l'òrgan de contractació l'únic que té la potestat de dictar l'acte d'adjudicació. D'altra manera estaríem davant d'un supòsit d'incompetència material sancionada amb nul·litat radical (article 62.1, b) de la Llei 30/1992).

En tot cas, la interpretació dels plecs, correspon a l'òrgan de contractació, dintre dels límits i amb subjecció als principis, requisits i efectes assenyalats en el TRLCSP. Prerrogativa que ha de ser exercida en atenció a la prestació que pretén satisfer l'objecte del contracte, i als seus resultats (Resolució núm. 132/2012 del Tribunal Central de Recursos Contractuales).

En segon lloc, el principi de congruència consagrat a l'article 47.2 del TRLCSP ens obliga a resoldre atenent únicament a les peticions demandades per les parts. Les Resolucions dels òrgans i tribunals independents en matèria de recursos especials de contractació analitzen, valoren i resolen les qüestions plantejades pels recurrents (Resolucions de l'OARCC núm. 71/2012 i 79/2012).

En tercer lloc, és necessari destacar que, sobre la interpretació dels contractes en general, i sobre la dels contractes públics en particular, ha tingut ocasió de pronunciar-se la jurisprudència en múltiples ocasions i en les resolucions d'aquest OARCC hem recollit reiteradament els seus pronunciaments. No podem oblidar que els contractes públics són, abans de tot, contractes i que els dubtes que ofereixi la seva interpretació haurien de resoldre's d'acord amb les previsions i els principis establerts en el Text refós de la llei de contractes del sector públic i en la resta de normativa sobre contractació pública, en cas que això no fos possible, d'acord amb el Codi Civil. En aquest sentit, cal recordar, per una banda, que d'acord amb una consolidada jurisprudència els plecs constitueixen la llei del contracte com expressió dels principis generals essencials que regeixen les relacions nascudes de la convenció de voluntats, tals com el sintetitzat en l'aforisme «*pacta sunt servanda*» amb els seus corol·laris de l'imperi de la "bona fe" i del "*non licet contra els actes propis*" i, per una altra, que en la seva interpretació és possible l'aplicació supletòria de les normes del Codi Civil. L'article 1.281 del Codi Civil estableix que si els termes del contracte són clars i no deixen lloc a dubtes sobre la intenció dels contractants, haurà d'estar-se al sentit literal de les seves clàusules, recollint així el principi "*in claris non fit interpretatio*" (Sentència del Tribunal Suprem de 19 març 2001, de 8 juny de 1984 i Sentència de 13 maig de 1982). La jurisprudència més recent -Sentència de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Suprem de 8 de juliol de 2009- es refereix a la interpretació literal o teleològica (si les paraules semblessin contràries a la intenció evident dels contractants, prevaldrà aquesta sobre aquelles, article 1.281 del Codi Civil) i també a

la pròpia interpretació lògica de les clàusules del contracte. No es pot oblidar que l'article 1.282 del Codi Civil, en relació amb l'abast i contingut de les regles interpretatives en matèria contractual, exigeix tenir en compte per a jutjar de la intenció dels contractants, els actes d'aquells coetanis i posteriors al contracte.

I, en quart lloc, com ja ha reiterat aquest OARCC, l'administració disposa d'un cert nivell de discrecionalitat en l'apreciació de les qüestions de caràcter tècnic que no són controlables des del punt de vista jurídic. Això no significa que els assumptes de caràcter tècnic no puguin anar més enllà de determinar si en l'apreciació i valoració d'aquests extrems s'ha actuat sense discriminació entre els licitadors de tal forma que els criteris de valoració aplicats a uns siguin diferents dels aplicats a altres, que no s'hagi incorregut en un error patent en l'apreciació de les característiques tècniques valorades i que, finalment, no s'hagi produït cap infracció legal en el compliment dels principis de la contractació pública, requisits i tràmits del procediment de valoració. En cap, cas, és possible la substitució del judici tècnic de qui valora els diferents criteris d'adjudicació sempre que es compleixin amb les formalitats jurídiques, estigui motivada i resulti racional i raonable (Resolucions de l'OARCC núm. 14/2012, 33/2012, 35/2012, 37/2012, 39/2012, 40/2012, 43/2012, 56/2012, 58/2012, 60/2012 i 61/2012).

SISE. La qüestió principal és l'al·legació de la recurrent segons la qual: *“Resulta revelador que l'Administració concedent hagi atorgat 0 punts a la proposició tècnica de l'Adjudicatària respecte del programa d'execució d'obres (fins a 4 punts). Aquesta nul·la puntuació es deu a que l'Adjudicatària ha incomplert una obligació del PCA, tota vegada que ha "modificat" el calendari d'execució d'obres establert en el PCA tot situant obres a executar més enllà de "l'horitzó temporal" allà establert. Això suposa un incompliment del PCA que no ha de tenir com a finalitat només els 0 punts en aquesta partida, sinó també el refús de l'oferta de l'Adjudicatària. En efecte, si els altres licitadors haguessin sabut que podien programar l'execució d'obres més enllà del calendari establert en el PCA, això hauria comportat la possibilitat de modificar les ofertes, no només tècniques sinó també econòmiques.*

Els licitadors accepten íntegrament el PCA i les obligacions establertes en ell. El seu incompliment suposa l'exclusió de la proposició, en concret, perquè suposa introduir elements de discriminació entre els licitadors, No pot ésser acceptat un licitador que incompleix el PCA en benefici propi i que li permet presentar una millor oferta econòmica. Per tant, aquest incompliment ha de suposar l'exclusió de l'oferta de l'Adjudicatària.”

Sobre aquest punt, l'òrgan de contractació estableix que "cal dir que les causes de refús de les proposicions vénen taxades en la normativa contractual i en el plec i la seva aplicació –en pro del principi de concurrència- ha de ser restrictiva. D'aquesta manera, el fet que algun aspecte de les proposicions tècniques no obtingui cap puntuació no es converteix automàticament en una causa d'exclusió d'aquella oferta de la licitació sinó en una valoració inferior. Les proposicions tècniques es valoren mitjançant el barem de punts establert en el plec però no s'exclouen perquè aquest no és el remei jurídic previst per al cas d'una proposició tècnica que rep pocs o cap punt. El PCAP estableix que la puntuació per cada un dels apartats va de zero fins a la puntuació màxima establerta. En aquest sentit, l'oferta per a l'execució de les obres presentada per ACCIONA AGUA, S.A. preveu que les obres es portaran a terme durant els deus primers anys de la concessió, tal i com estableix el plec amb caràcter obligatori. El programa d'execució, en quant a la periodificació, és indicatiu. Per tant, el fet que aquesta Administració valorés el programa d'execució de les obres presentat per Acciona Agua, SA amb 0 punts no indica cap arbitrietat ni actuació contrària a dret per part d'aquesta administració, sinó únicament l'aplicació de la possibilitat que atorga el plec de valorar-la en un ventall de 0 a 4 punts. "

Per la seva banda, l'empresa ACCIONA, durant el tràmit d'al·legacions, exposa que "queremos salir al paso del aspecto tratado en el apartado 3 de esta misma Alegación de la recurrente, relativo a la asignación de "cero" puntos al Consorcio del que forma parte mi representada por el concepto de "Programa de ejecución de las obras".

La recurrente se limita a afirmar, sin mayores justificaciones al respecto, que de ello se sigue un incumplimiento del Pliego por parte del Consorcio del que forma parte mi representada.

Sin embargo, olvida que los diferentes conceptos que se consideran como puntuables no son, por este sólo hecho, de contenido obligatorio para los licitadores, ya que puede darse el caso de que la puntuación que se asigne en alguno de estos apartados sea de "cero" puntos sin que este hecho convierta la oferta en inválida.

En este sentido se pronuncia de forma unánime la jurisprudencia admitiendo que la valoración asignada por alguno o algunos conceptos sea de "cero" puntos: vid STS de 15 de octubre de 2002 (Ar 9291); STSJ de Baleares de 7 de junio de 2002 (JUR-192283); STSJ de Navarra de 13 de noviembre de 2002 (JUR-37); STSJ de Baleares de 22 de junio de 2001 (JUR-229625); STSJ de Madrid de 2 de noviembre de 2000 (JUR-163947) y STSJ de Cantabria de la misma fecha (JUR-28431)" "No es cierto, por tanto, que sea jurídicamente imposible valorar con "cero" puntos un determinado

concepto del conjunto de todos los elementos valorables, motivo por el cual ha de desestimarse lo alegado por la recurrente a este respecto.”

SETÈ. Com ja hem expressat en el fonament jurídic 5è, aquest OARCC no pot substituir la valoració tècnica de l'òrgan de contractació. Només pot entrar a discernir si la valoració es va fer aplicant els principis jurídics rectors de la contractació pública. En aquest sentit l'article 1 del TRLCSP estableix que “Aquesta Llei té per objecte regular la contractació del sector públic, a fi de garantir que s'ajusta als principis de llibertat d'accés a les licitacions, publicitat i transparència dels procediments, i no-discriminació i igualtat de tracte entre els candidats”.

El que s'està posant en qüestió per part de la recurrent és si realment l'altra part licitadora hauria pogut obtenir la valoració de zero punts o si hauria d'haver estat exclosa del procediment per haver-se produït vulneració dels principis que han de regir la contractació pública.

Aquest OARCC, ja s'ha pronunciat recollint la doctrina del Tribunal Suprem (entre d'altres, Sentència de 27 de maig de 2009), en el sentit de que els plecs que regeixen la licitació i la seva execució constitueixen la llei dels contractes per ambdues parts (Resolucions de l'OARCC núm. 11/2012, 13/2012, 15/2012, 18/2012, 33/2012, 37/2012, 41/2012 i 44/2012).

L'article 145 del TRLCSP estableix que *“Les proposicions dels interessats s'han d'ajustar al que preveu el plec de clàusules administratives particulars, i la seva presentació suposa l'acceptació incondicionada per l'empresari del contingut de la totalitat de les clàusules o condicions, sense cap excepció o reserva.”* Amb les úniques excepcions que preveu l'article 147 del TRLCSP que estableix que *“1. Quan a l'adjudicació s'hagin de tenir en compte criteris diferents del preu, l'òrgan de contractació pot prendre en consideració les variants o millores que ofereixin els licitadors, sempre que el plec de clàusules administratives particulars hagi previst expressament tal possibilitat.*

2. La possibilitat que els licitadors ofereixin variants o millores s'ha d'indicar a l'anunci de licitació del contracte precisant sobre quins elements i en quines condicions queda autoritzada la presentació.”

En definitiva, per tal de resoldre la qüestió, és imperatiu acudir als plecs contractuals per veure què és el que realment estableixen.

Per una banda, en els PPT es diu textualment:

“CAPÍTOL SEGON. OBRES INCLOSES DINS DE L'OBJECTE DEL CONTRACTE

PRESCRIPCIÓ 3. RELACIÓ DE PROJECTES A EXECUTAR PER L'OPERADOR

A continuació s'adjunta una taula resum dels projectes que ha d'executar l'Operador durant els primers 10 anys de la concessió. A l'annex 1 d'aquest Plec de Prescripcions es detalla la valoració de les obres a executar per la Societat Operadora.”

En els plecs administratius es fixa l'objecte del contracte:

“CLÀUSULA 1. OBJECTE DEL CONTRACTE

1.1 En aquest plec es recullen les clàusules administratives particulars que regeixen el contracte administratiu de gestió i prestació de serveis públics, en règim de concessió, per a la construcció, millora, gestió i explotació de les instal·lacions que constitueixen la xarxa de proveïment Ter-Llobregat, que comprenen el tractament, l'emmagatzematge i el transport de l'aigua.

Per mitjà de la xarxa de proveïment Ter-Llobregat es produeix i se subministra aigua potable per al proveïment de poblacions.

1.2 La producció i el proveïment d'aigua potable és un servei públic d'interès de la Generalitat, d'acord amb el que preveu l'article 34 del Decret legislatiu 3/2003, de 4 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la legislació en matèria d'aigües de Catalunya, i d'acord amb el que preveu la Llei 10/2011, de 29 de desembre, de simplificació i millora de la regulació normativa.

1.3 En concret, la concessió comprèn:

- L'explotació, el manteniment i la reposició de les plantes de producció i de la xarxa d'adducció, instal·lacions que figuren detallades en el plec de prescripcions tècniques, i que conformen el perímetre del contracte segons l'annex 8.*
- L'execució de les obres i els subministraments a què fa referència la clàusula “obres incloses en l'objecte del contracte” (clàusula 35) i que s'indiquen en el plec de prescripcions tècniques.*

- *La redacció dels projectes constructius de les obres i la direcció facultativa a què fa referència el punt anterior.*
- *Les obres o activitats que puguin correspondre al concessionari com a conseqüència de les modificacions del contracte, si escau.*
- *Totes les obres de millora, renovació i reposició que estableix la clàusula 33 (explotació del servei)...”*

En els PCAP, en diferents clàusules, referents a les obres de millora, també s'estableix que:

- a) En el sobre B s'haurà de presentar el “Programa d'execució de les obres relacionades a la clàusula “obres incloses en l'objecte del contracte” a càrrec del titular de la concessió, de conformitat amb les disposicions d'aquest plec i del Plec de Prescripcions Tècniques.” (Punt dels PCAP relatiu al Contingut del sobre B. Punt c).
- b) Aquest “programa d'execució d'obres” es valorarà de zero a quatre punts. (clàusula 12.2).
- c) No s'admeten variants ni millores (quadre resum del contracte).
- d) L'annex 9 -que està definit en el punt 3 dels PCAP com a no documentació no contractual amb efectes indicatius- estableix uns períodes de referència dins dels quals s'hauran d'executar aquestes obres previstes els 10 primers anys.
- e) El mateix annex 9 estableix que la finalitat de l'execució d'aquestes obres bàsicament permetrà millorar aspectes com, un millor rendiment de la xarxa de distribució, eliminant fuites existents, que comportarà un estalvi econòmic. Una millora estructural dels dipòsits, amb la finalitat de permetre garantir el compliment de la normativa vigent de qualitat de l'aigua. Una adequació tècnica de les instal·lacions, amb el conseqüent estalvi a les partides de manteniment. I finalment l'adequació de les instal·lacions a les normatives de seguretat incrementarà les garanties de treball.

Per l'altra banda, en els PPT es fixa, en el capítol segon, les obres a executar per l'operador, durant els primers 10 anys.

VUITÈ. Tenim, en definitiva, uns plecs on s'estableix que s'hauran de valorar unes obres que son part de l'objecte del contracte, que s'han de fer en un termini de 10 anys, referenciades en uns terminis dintre d'aquests anys i que no s'admeten variants ni millores. Aquestes obres es valoren de 0 a 4 punts.

L'article 145 del TRLCSP, com hem vist, disposa que "les proposicions dels interessats haurien d'ajustar-se al previst en el plec de clàusules administratives particulars, i la seva presentació suposa l'acceptació incondicionada per l'empresari del contingut de la totalitat d'aquestes clàusules o condicions, sense excepció o reserva alguna».

Tot i que l'article 145.1 del TRLCSP fa referència només als plecs de clàusules administratives particulars, s'ha d'entendre també als plecs de prescripcions tècniques i a la normativa de contractació pública, això és, TRLCSP i normativa de desenvolupament (Resolució de l'OARCC núm. 41/2012). Així ho ha expressat el Tribunal Central de Recursos Contractuales a les seves Resolucions núm. 84/2011 i 64/2012, entre d'altres.

El precepte transcrit conté una norma de caràcter imperatiu, de manera que qui presenti una proposició que no s'ajusti al previst, o inclogui manifestacions de les quals es desprengui, o pugui desprendre's, l'existència de reserva o excepció als plec de clàusules administratives ha de ser exclòs del procediment licitatori. En aquest supòsit, aquest OARCC considera que el termini de construcció de les obres no pot considerar-se orientatiu, sinó que ha d'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. En aquest sentit, aquest OARCC considera 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'indicatiu, com al·lega l'òrgan de contractació. I sembla que aquesta (caràcter indicatiu) és la voluntat inicial de l'òrgan de contractació respecte al pla economicofinancer ja que el punt relatiu al sobre C disposa que "Les previsions incloses en aquest pla economicofinancer són orientatives i es faciliten a títol informatiu sense que, en cas de no complir-se, es pugui demanar el reequilibri o responsabilitats de l'Administració".

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 pugnin amb l'aplicació dels principis propis de la contractació pública, com la igualtat, la transparència i la concurrència competitiva. En el mateix sentit, s'expressa la Resolució núm. 56/2011 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

NOVÈ. Vista l'apreciació de que el termini de construcció de les obres ha d'operar com a un límit màxim, cal analitzar el contingut de l'informe tècnic de valoració de les ofertes, de data 18 d'octubre de 2012, que estableix el següent:

3. Programa d'execució d'obres

Ambdues agrupacions presenten una programació d'obres viable, que distribueix les diferents actuacions al llarg del termini previst per a la seva execució.

La Memòria presentada per l'agrupació núm.1 contempla els apartats següents:

- Desglossat de les actuacions per tipologies
- Planificació de les obres i actuacions, per tipologies

Per la seva part, la Memòria formulada per l'agrupació núm.2 contempla els següents apartats:

- Calendari de projectes i programa d'obres
- Risc d'impacte en la garantia de subministrament
- Ordenament en el temps de les actuacions
- Anàlisi individual de les 36 actuacions
- Programa d'execució de les obres

El programa presentat per l'agrupació 1 no preveu cap reducció del termini d'execució de les obres previst al PCAP (10 anys), i modifica la distribució anual de les inversions respecte a la proposta formulada al plec, situant algunes actuacions en un horitzó temporal superior al de referència.

Per contra, el programa presentat per l'agrupació núm. 2 preveu una reducció de 3 anys en el termini màxim d'execució, aspecte força rellevant i que eventualment permetria anticipar la disponibilitat de les noves instal·lacions, així com un anàlisi detallat del impacte de les obres en la garantia de subministrament. Pel que fa a la distribució anual de les inversions respecte a la

proposta formulada al plec, fa algunes modificacions respecte a la proposta de referència, totes elles de manera justificada i després d'un anàlisi detallat del grau de compatibilitat entre elles. Per últim, la proposta fa una descripció individualitzada de cadascuna de les 36 actuacions que es preveuen.

En funció d'això, sobre una puntuació màxima prevista al PCAP de 4 punts, s'estableixen les valoracions parcials següents:

- Agrupació 1: 0 punts
- Agrupació 2: 3 punts

Precisament, el que al·lega la part recurrent és que el fet de situar "*algunes actuacions en un horitzó temporal superior al de referència*" no ha de ser motiu de puntuació de zero punts, sinó motiu d'exclusió. Al·leguen que si haguessin conegut la possibilitat de

plantejar les obres en un horitzó temporal superior al de referència, podrien haver proposat una oferta diferent.

Com exposaven, en el FJ 6è, l'empresa adjudicatària Acciona al·lega que la jurisprudència ha admès la puntuació de zero punts com a perfectament possible. Un examen detallat de la jurisprudència citada per Acciona, ens porta a concloure que no es tracta dels mateixos supòsits que configuren el recurs presentat per la part recurrent, doncs en aquestes sentències només discuteixen la puntuació i no queden acreditades les mateixes peticions que la recurrent.

Aquest OARCC no pot entrar a substituir els criteris tècnics, però sí que ha d'entrar forçosament, per demanar-ho la recurrent i per correspondre precisament a les competències de l'OARCC, a analitzar si el procediment efectuat per atorgar la puntuació de les ofertes ha seguit les normes procedimentals i s'han aplicat els principis que han de regir la contractació pública d'acord amb el TRLCSP i amb la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea.

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 el període de referència establert als plecs, aquesta empresa seria mereixedora de zero punts, doncs no millora en res allò establert als plecs, però els aconsegueix. Per un simple principi d'equitat, no es podria haver valorat amb zero punts a una empresa que ha emplitjorats 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 l'empresa que ha traspassat els llindars de referència.

Examinant a fons l'informe tècnic transcrit *versus* els plecs que regeixen el contracte, 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.

Recordem un aspecte fonamental: estem davant d'un procediment competitiu, per tant, s'han d'observar tots els principis regidors de la contractació pública. Una de les funcions d'aquest OARCC és la de controlar que a la contractació pública es respecti el *principi pro competència*, però sempre que s'hagin respectat la resta de principis: igualtat, no discriminació, transparència, publicitat, llibertat d'accés, eficient utilització dels fons utilitzats a la realització de les obres i la selecció de l'oferta econòmicament més avantatjosa en el seu conjunt.

La Directiva 2004/18/CE, sobre coordinació dels procediments de adjudicació dels contractes públics de obres, de subministraments i de serveis, en el seu apartat 46

precisa que *“La adjudicación del contrato debe efectuarse basándose en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, así como la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva.”*

En el mateix sentit que l'article 1 del TRLCSP, abans citat, l'article 139 TRLCSP, al referir-se de manera concreta als procediments d'adjudicació, disposa que «els òrgans de contractació donaran als licitadors i candidats un tractament igualitari i no discriminatori i ajustaran la seva actuació al principi de transparència».

Com ja ha dit aquest OARCC en diverses Resolucions (14/2012, 17/2012, 19/2012, i 33/2012 entre d'altres), el principi d'igualtat té per objectiu afavorir el desenvolupament d'una competència sana i efectiva entre les empreses que participen en una licitació pública, exigeix que tots els licitadors disposin de les mateixes oportunitats en la formulació dels termes de les seves ofertes i suposa doncs que aquestes es sotmetin a les mateixes condicions per a tots els competidors (sentència del Tribunal de Primera Instància de 12 de març de 2008, *European Network/Comissió*, T-332/03, i sentència del Tribunal en primera Instància de 9 de setembre de 2009, *Brink's Security Luxembourg S.A.* apartat 114). De la mateixa manera s'expressa el Tribunal Central de Recursos Contractuales a les seves Resolucions núm. 299/2011, 47/2012, 61/2012 i 173/2012 en el sentit que els licitadors estiguin en una posició d'igualtat tant en el moment de presentació d'ofertes com en el moment de valoració de les ofertes per l'entitat adjudicatària. El principi d'igualtat de tracte implica, doncs, que tots els licitadors potencials han de conèixer les regles del joc, i aquestes s'han d'aplicar a tots de la mateixa manera. I en desenvolupament d'aquesta previsió, l'article 145 TRLCSP regula les proposicions dels interessats.

No se li pot escapar a aquest OARCC el fet que ajornar unes obres, és una variant que influeix en la tarifa que aplicarà l'empresa concessionària. Acceptar que el límit de referència no és vinculant, faria impossible poder comparar dues proposicions que afecten a la tarifa. I és que aquest “pla d'obres” afecta al resultat econòmic final de l'oferta.

Però, 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 canvien les exigències pròpies i definidores de la prestació, conduiria a més a comparar ofertes que difereixen sobre l'objecte, cosa que resulta una evident contravenció, tant del TRLCSP com dels seus principis, com hem exposat en el FJ 5è.

Per tots els arguments anteriorment exposats i analitzats, a criteri d'aquest OARCC, acceptar la proposició d'ACCIONA suposa vulnerar els principis d'igualtat i transparència establerts al TRLCSP, en la normativa de contractació pública i en la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea. El límit material, és estricte, i no admet flexibilitat, tret d'aquells supòsits que els propis plecs hagin permès variants -supòsit que específicament es prohibeix en aquests plecs- i, específicament, hagin previst que les mateixes podran superar el pressupost de licitació (opció de marcat caràcter excepcional, en tant es dificulta l'element de comparar ofertes). És aquesta, d'altra banda, una conseqüència derivada del dret a una bona administració que explica l'exclusió del licitador que no la compleix, i per la qual s'ha d'exigir la deguda diligència als licitadors en el moment de presentar i documentar les seves ofertes, per tal de preservar la finalitat del procediment i el principi d'igualtat de tracte que ha d'inspirar tota licitació.

DESÈ. Considera aquest OARCC que una vegada exclosa l'empresa ACCIONA del concurs no cal entrar a valorar la resta de les pretensions de la recurrent. No obstant, també considerem adient l'anàlisi acurat d'una de les pretensions.

En concret, la part recurrent al·lega que *"La implicació de D. F.R.V. en l'Agrupació Licitadora liderada per Acciona comporta que aquesta incorri en una causa de prohibició de contractar amb la Generalitat de Catalunya, de conformitat amb l'article 60.1,f) del TRLCSP.*

Efectivament, D. F.R.V. té la consideració d'alt càrrec de la Generalitat de Catalunya, tota vegada que és President del Consell Assessor per al Desenvolupament Sostenible (en endavant, el "CADS"). El President del CADS és un "alt càrrec" de la Generalitat de Catalunya, de conformitat amb allò establert en l'article 2,e) de la Llei 13/2005, de 27 de desembre, del regim d'incompatibilitats dels alts càrrecs al servei de la Generalitat (en endavant, la "Llei 13/2005"), com s'exposarà detalladament més endavant.

Aquest fet comporta que tant ell com aquelles empreses de les quals en sigui l'administrador tinguin una incompatibilitat per contractar amb la Generalitat. De conformitat amb el nostre ordenament jurídic i els principis més elementals de "moralitat administrativa", no és compatible ésser un alt càrrec de la Generalitat i contractar amb aquesta Administració. En aquest assumpte el TRLCSP no deixa cap marge a la interpretació.

Si Acciona pretén que la seva filial Acciona Agua, S.A. contractí amb la Generalitat de Catalunya, és un gravíssim error permetre (o propiciar) que un membre del seu consell d'administració sigui un alt càrrec d'aquesta Administració.

En tot cas, són fets incontrovertibles que D. FRV es troba actualment en el càrrec de President del CADS i que una empresa de la qual n'és administrador ha resultat Adjudicatària del Contracte.”

L'article 60 del TRLCSP estableix com a prohibició de contractar amb el sector públic, entre d'altres,

“f) Estar incursa la persona física o els administradors de la persona jurídica en algun dels supòsits de la Llei 5/2006, de 10 d'abril, de regulació dels conflictes d'interessos dels membres del Govern i dels alts càrrecs de l'Administració General de l'Estat; de la Llei 53/1984, de 26 de desembre, d'incompatibilitats del personal al servei de les administracions públiques, o tractar-se de qualsevol dels càrrecs electius que regula la Llei orgànica 5/1985, de 19 de juny, del règim electoral general, en els termes que s'hi estableixen. La prohibició afecta les persones jurídiques en el capital de les quals participin, en els termes i quanties establerts a la legislació esmentada, el personal i els alts càrrecs de qualsevol Administració pública, així com els càrrecs electes al servei d'aquestes.

La prohibició s'estén igualment, en els dos casos, als cònjuges, persones vinculades amb una relació de convivència afectiva anàloga i descendents de les persones a què es refereixen els paràgrafs anteriors, sempre que, respecte dels últims, les persones esmentades en tinguin la representació legal.”

La Llei de la Generalitat de Catalunya 13/2005 d'incompatibilitats dels alts càrrecs estableix que són alts càrrecs, entre d'altres, els següents:

“e) Els comissionats nomenats pel Govern i els assessors especials del president o presidenta de la Generalitat i dels membres del Govern amb rang igual o superior a director o directora general, d'acord amb el que estableix el nomenament publicat en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya.”

D'acord amb el Decret de creació del CADS, Decret 311/1998, d'1 de desembre, aquest és un òrgan de participació, de consulta i d'assessorament del Govern de la Generalitat en relació amb les polítiques i actuacions en relació amb les polítiques i

actuacions que tinguin incidència sobre el medi ambient i el desenvolupament sostenible (article 1 del Decret 311/1998). Està adscrit al Departament de la Presidència, qui li dóna el suport material i tècnic i li presta els recursos humans necessaris per a l'exercici de les seves funcions. El President del CADS el nomena el Govern de la Generalitat, d'entre personalitats de reconegut prestigi de Catalunya (article 3.1 del Decret 311/1998).

Tal i com diu l'informe del Departament de Territori i Sostenibilitat de la Generalitat de Catalunya, *“De conformitat amb això, ni el President del CADS és un comissionat nomenat pel Govern ni es tracta d'un assessor especial del president i dels membres del Govern. És el President d'un òrgan col·legiat (el CADS) que fa funcions d'assessorament al Govern. A més, tampoc té rang igual o superior a director general.*

Cal tenir present que la pròpia llei d'incompatibilitats estableix de manera expressa, en relació amb altres òrgans assessors de la Generalitat, que els seus presidents tenen la condició d'alts càrrecs. És el cas de la presidència de la Comissió Jurídica Assessora, del CTEESC i del Tribunal de la Competència, però en cap moment es refereix al CADS, la qual cosa corrobora que no s'hagi de considerar com alt càrrec.”

Aquesta interpretació es també compartida amb l'empresa Acciona amb similars interpretacions jurídiques.

L'empresa Acciona al·lega també que *“Claramente, el caso del Sr. F.R.V. no se ajusta a este precepto, por los siguientes motivos:*

a) El Consejo Asesor para el Desarrollo Sostenible de Cataluña no se encuentra nombrado en el citado artículo 2, cuando sí lo están otros órganos de asesoramiento, como es el caso de la Comisión Jurídica Asesora, el Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia y el el Consejo de Trabajo, Económico y Social.

b) De otro lado, la totalidad de los altos cargos a que se refiere este artículo 2 de la Ley 13/2005 perciben retribuciones fijas de los Presupuestos de la Generalidad, cuando los asesores del Consejo Asesor para el Desarrollo Sostenible de Cataluña únicamente perciben "dietas".

El Departament de Territori i Sostenibilitat de la Generalitat de Catalunya, continua al·legant que *“Aquesta administració ha valorat aquests extrems així com també ha valorat la possibilitat que aquest senyor tingués la consideració d'alt càrrec per aplicació de l'article 2.m) de la Llei 13/2005, d'incompatibilitats.*

Segons aquest article també és alt càrrec:

m) Tot altre càrrec que, per la seva norma de creació o per nomenament del Govern, sigui assimilat a algun dels càrrecs a què fa referència aquest article.

Al President del CADS tampoc se li aplicaria aquest supòsit ja que, ni el decret de creació del CADS ni l'acord de Govern pel qual es designa el seu President l'assimilen a cap dels alts càrrecs referenciats a l'article 2 de la Llei d'incompatibilitats. I cal entendre que no tot càrrec nomenat pel Govern esdevé automàticament un alt càrrec.

Per això, cal descartar la consideració de la presidència del CADS com un alt càrrec a qui li afecta la Llei d'incompatibilitats i, en conseqüència, la prohibició de contractar amb l'administració.”

L'empresa Acciona, per la seva banda, continua al·legant que “Pero es que, a mayor abundamiento, si analizamos el TRLCSP llegamos a idéntica conclusión, habida cuenta de que el Consorcio del que forma parte mi representada se encuentra formado por las siguientes empresas: ACCIONA AGUA S.A., Aigües de Catalunya Ltd., Gestió Catalana de Aigües S.A., Global Buridan, S.L., Global Lubbock, S.L., Acacia ISP, S.L. y Gopa Consulting S.L.

Como fácilmente puede comprobarse, no forma parte de dicho consorcio ACCIONA SA por mucho que la recurrente insista en sostener lo contrario. El sólo hecho de que ACCIONA SA sea la sociedad matriz de todo el Grupo ACCIONA (y, en consecuencia, de ACCIONA AGUA SA) no hace que ACCIONA AGUA se encuentre incurso en la prohibición de contratar del artículo 60.1.f) del TRLCSP, dado que dicho precepto tan sólo menciona a las propias empresas licitadoras y, en modo alguno, a los accionistas de las mismas.

Dicho en términos claros y huyendo de toda profusión de palabras inútiles, la condición de D.FRV como Consejero de ACCIONA SA no constituye un supuesto de prohibición de contratar (en el caso que nos ocupa) dado que dicha sociedad no forma parte del Consorcio licitador. Cualquier intento por parte de la recurrente de realizar una interpretación analógica o extensiva (pues eso es lo que hace) del texto del artículo 60.1 .f) del TRLCSP, carece de sustento jurídico, puesto que se trata de una norma restrictiva de derechos. Y respecto a ese tipo de normas la jurisprudencia es muy clara habiéndose impuesto, en repetidas ocasiones, la necesidad de realizar una interpretación restrictiva. Así, por ejemplo, Sentencia de 1 de diciembre de 1981 (RJ 1981/5339), que dice: "es principio de buena hermenéutica que los preceptos

limitativos o restrictivos han de ser interpretados en sus términos más literales y estrictos".

Doctrina que se ha repetido hasta la saciedad. Por ejemplo, STS de 11 de marzo de 1994 (Ar. 2431): "[...] pero, como tales normas restrictivas de derechos, su interpretación ha de ser también restrictiva "odiosa restringenda" limitándola a los supuestos excepcionales incluidos". O la STS de 23 de enero de 1991 (Ar. 332), donde, ante una interpretación extensiva en perjuicio del destinatario de la norma, el Tribunal dirá que una aplicación del derecho en tales términos "constituye una interpretación extensiva imposible de aplicar en preceptos restrictivos de derechos".

En suma, el Consorcio del que forma parte mi representada (o las empresas integrantes del mismo) no ha incurrido en ninguna clase de prohibición para contratar por lo que debe desestimarse la Tercera de las Alegaciones aducidas por la recurrente en su primer escrito de 23/11/2012."

Un cop fetes aquestes explicacions, cal afegir, en primer lloc, que en aplicació de la normativa de contractes del sector públic i de la normativa d'incompatibilitats, la causa d'incompatibilitat ha d'afectar a la persona que vol contractar amb l'administració pública però no a aquelles persones que pertanyen a empreses vinculades amb la persona en concret que vol contractar amb l'administració pública. En el cas concret que ens ocupa, cal observar que l'empresa que es va presentar a la licitació pública és l'empresa Acciona Agua S.A. Entre els administradors i càrrecs socials d'aquesta empresa no s'ha aportat per la recurrent cap documentació on consti el senyor F.R.V. Aquest OARCC pot admetre, per haver estat declarat tant per la pròpia empresa Acciona Agua com pel propi Departament de Territori i Sostenibilitat la Generalitat de Catalunya (que afirma haver-ho comprovat al Registre Mercantil) que l'empresa Acciona SA és el soci únic de l'empresa Acciona Agua SA. I dins de l'estructura de la societat Acciona SA (que no és Acciona Agua SA i, per tant, no és l'empresa que ha presentat la proposició econòmica) sí que apareix el senyor F.R.V. com a conseller.

A la vista de les al·legacions presentades, aquest OARCC aprecia que el senyor F.R.V. no està incurs en una causa d'incompatibilitat perquè no forma part de l'empresa que s'ha presentat a la licitació pública. Tampoc ha acreditat la part recurrent que formi part de cap de les empreses que formen el grup d'empreses juntament amb Acciona Agua SA.

En definitiva, les causes de prohibició per contractar amb el sector públic s'han d'interpretar de manera estricta i sense que es puguin fer extensions anàlogues. Així

ho exposa l'Informe de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya núm. 6/2009, entre d'altres. Com diu el Departament de Territori i Sostenibilitat de la Generalitat de Catalunya, és també qüestió pacífica que no es pot fer extensiu el mandat de l'article 60 del TRLCSP a altres persones diferents de les que aquest article indica (cònjuges, persones vinculades amb anàloga relació de convivència afectiva i filles i fills). Per tant, cap valor jurídic aporten les alegacions de la part actora respecte als càrrecs que germans o nebots del senyor F.R.V. puguin tenir en empreses societàries vinculades.

Ha de quedar desestimada, doncs, la pretensió de la recurrent en aquest aspecte.

D'acord amb l'exposat, i vistos els preceptes legals d'aplicació, aquest Òrgan,

HA RESOLT

1.- Estimar parcialment el recurs especial en matèria de contractació, interposat pel senyor A.J.M. en nom i representació de Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. contra l'acord d'adjudicació del contracte de gestió del servei de proveïment d'aigua en alta Ter-Llobregat (procediment 2012003800) del Departament de Territori i Sostenibilitat de la Generalitat de Catalunya, en el sentit d'excloure l'empresa Acciona del procediment d'acord amb l'exposat en els fonaments jurídics d'aquesta Resolució.

2.- Aixecar qualsevol suspensió que existís sobre aquest procediment.

3.- Declarar que no s'aprecia la concurrència de mala fe o temeritat en la interposició del recurs, pel que no procedeix la imposició de la sanció prevista en l'article 47.5 del TRLCSP.

4.- Notificar aquesta Resolució als interessats.

Aquesta Resolució posa fi a la via administrativa, i és directament executiva sense perjudici que es pugui interposar recurs contenciós administratiu davant la Sala



Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en el termini de dos mesos, a comptar des de l'endemà de la recepció d'aquesta notificació, de conformitat amb el disposat en els articles 10, lletra k) i 46.1 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, Reguladora de la Jurisdicció Contenciosa administrativa, i l'article 49 del TRLCSP, en els termes establerts en l'article 21.3 de la Llei 29/1998: "En els recursos contra les decisions adoptades pels òrgans administratius als quals correspon resoldre els recursos especials i les reclamacions en matèria de contractació a què es refereix la legislació de contractes del sector públic, els esmentats òrgans no tindran la consideració de part demandada, i sí que en tindran les persones o administracions afavorides per l'acte objecte del recurs, o que es personen en tal concepte, d'acord amb el que disposa l'article 49".

Juan Antonio Gallo Sallent

Director