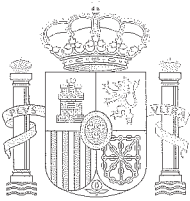


Not: 27/3/13



**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCION QUINTA**

Recurso ordinario (Ley 1998) 14/2013 FASE : BA-PS

Parte actora: DEPARTAMENT DE TERRITORI I SOSTENIBILITAT y DEPARTAMENT D'ECONOMIA I CONEIXEMENT.

Representante de la parte actora: ADVOCAT DE LA GENERALITAT

Parte demandada: SOCIEDAD GENERAL DE AGUAS DE BARCELONA, S.A.

Representante de la parte demandada: ANTONIO M^a DE ANZIZU FUREST

AUTO

Ilmos. Sres.

Presidente:

Alberto Andrés Pereira

Magistrados:

Juan Fernando Horcajada Moya

Eduardo Paricio Rallo

En Barcelona, a 26 de marzo de 2013 .

ES COPIA

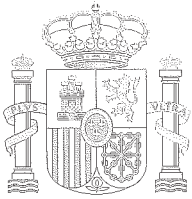
ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Por la representación procesal del **DEPARTAMENT DE TERRITORI I SOSTENIBILITAT** y **DEPARTAMENT D'ECONOMIA I CONEIXEMENT**, se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la resolución 1/2013 del Organisme Administratiu de Recursos Contractuals de Catalunya, de fecha 2 de enero de 2013, que resuelve el recurso especial en materia de contratación formulado por la Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. contra el acuerdo de adjudicación del contrato de gestión del servicio de abastecimiento de agua en alta Ter-Llobregat del Departament de Territori i Sostenibilitat, en el que se ha solicitado la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado. Por la representación de la parte demandada se ha presentado escrito de alegaciones en el que se opone a dicha suspensión.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Alberto Andrés Pereira , Magistrado de esta Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como es obvio, la petición de que se suspenda la eficacia de la resolución adoptada por el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de



Cataluña en fecha 2 de enero de 2013 ha de ser resuelta con arreglo a los parámetros que establecen los artículos 129 y siguientes de la Ley reguladora de esta Jurisdicción.

Sin embargo, no puede dejar de señalarse ya a priori la profunda influencia que tiene en esta materia el Derecho europeo, que ha establecido unos estándares que deben seguir los Estados miembros en cuanto se refiere a los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, contenidos en las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, modificadas por la Directiva 2007/66/CE.

La normativa europea pretende asegurar la existencia de mecanismos eficaces de garantía para los licitadores, de modo que se eviten las situaciones relativamente frecuentes en que el tiempo necesario para sustanciar los procedimientos ordinarios hace inviable revertir una situación ilegal, que se convierte por ello en un hecho consolidado. A tal fin, se establece la paralización inicial de los acuerdos de adjudicación de los contratos públicos, a fin de que un órgano independiente del poder adjudicador pueda resolver el recurso antes de que aquéllos desplieguen sus efectos. Además, se otorga una especial eficacia ejecutiva a las resoluciones de dicho órgano independiente, mediante la limitación de los supuestos que pueden dar lugar a que no se declare la ineficacia de un contrato, pese a su ilicitud, singularmente cuando se trate de intereses económicos directamente vinculados al contrato en cuestión.

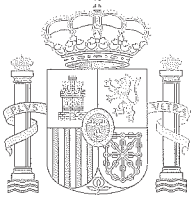
En este sentido, el preámbulo de la Directiva 2007/66/CE afirma que:

“(3) Las consultas con las partes interesadas, así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, han puesto de manifiesto una serie de puntos débiles en los mecanismos de recurso existentes en los Estados miembros. Esta es la razón por la que los mecanismos establecidos en las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE no siempre permiten velar por el cumplimiento de la legislación comunitaria, en particular en una etapa en la que aún podrían corregirse las infracciones.

(...)

(4) Entre los puntos débiles detectados destaca, en particular, la ausencia de plazo que permita entablar un recurso eficaz entre la decisión de adjudicación de un contrato y la celebración de este. Esto conduce en ocasiones a una firma muy acelerada del contrato por parte de los poderes adjudicadores y las entidades contratantes, que desean con ello hacer irreversibles las consecuencias de la decisión de adjudicación controvertida. A fin de poner remedio a esta deficiencia, que supone un serio obstáculo a la tutela judicial efectiva de los licitadores afectados, es decir, los que aún no han sido definitivamente excluidos, procede establecer un plazo suspensivo mínimo durante el cual se suspenda la celebración del contrato en cuestión, independientemente de que dicha celebración se produzca o no en el momento de la firma del contrato”.

El artículo 1º de la Directiva 92/13/CEE, en la redacción que le dio la Directiva 2007/66/CE, dispone que:



“Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por las entidades contratantes puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos 2 a 2 septies de la presente Directiva, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratación pública o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa”.

Por su parte, el artículo 2 quinquies de la misma Directiva 92/13/CEE, establece que:

“Solo 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.

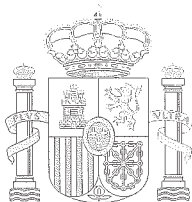
Ahora bien, no se considerará que los intereses económicos directamente vinculados al contrato en cuestión constituyen razones imperiosas de interés general. Entre los intereses económicos directamente vinculados al contrato cabe mencionar, entre otros, los costes derivados del retraso en la ejecución 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”.

Se deduce de todo ello que la decisión de suspender la eficacia de un acuerdo adoptado por el órgano independiente creado en aplicación de las disposiciones del Derecho europeo debe ser modulada convenientemente, a fin de evitar que queden frustrados los objetivos que las Directivas comunitarias pretenden alcanzar con el establecimiento de este mecanismo de garantía de los licitadores.

SEGUNDO.- La Administración de la Generalitat solicita que se suspenda la eficacia de la resolución adoptada por su propio Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña (en lo sucesivo OARCC), alegando en primer lugar que éste ha incurrido en un error evidente, de modo que la petición de suspensión se beneficiaría de una clara apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*).

Es bien sabido que el Tribunal Supremo ha limitado la aplicación del criterio del “*fumus boni iuris*” en materia de medidas cautelares -criterio que, por cierto, la Ley Jurisdiccional no recoge expresamente- a aquellos supuestos en que esa apariencia fuera ostensible y manifiesta a primera vista, sin necesidad de aventurarse a enjuiciamientos más complejos, propios del análisis de fondo del asunto. Por otra parte, se extrema esta cautela y se inaplica la teoría del *fumus* cuando se formulan pretensiones de nulidad o anulabilidad en virtud de causas que son objeto de valoración y decisión por primera vez, a diferencia de aquellos casos en que el acto recurrido es dictado en ejecución de una norma o disposición general declarada previamente nula de pleno derecho, o bien cuando se impugnaba un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente. En efecto, cuando se recurre un acto administrativo en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión en el proceso principal, no cabe prejuzgar la cuestión de fondo,

ES COPIA



con lo que, por amparar el derecho a una tutela judicial efectiva, se vulneraría otro derecho del mismo rango, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, habida cuenta que el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito.

En el caso que ahora se examina, la Administración de la Generalitat sostiene que el OARCC ha dispuesto la exclusión de la oferta que finalmente obtuvo la adjudicación, en base al incumplimiento del programa de ejecución de determinadas obras y actuaciones, cuando el anexo 9 del pliego de condiciones, que establece dicho programa, tiene un carácter meramente orientativo y, en todo caso, se respeta el límite máximo de 10 años que es el único que tiene carácter vinculante. Se señala que la adjudicataria obtuvo cero puntos por este capítulo, al no ofrecer ninguna reducción del indicado plazo máximo, en tanto que la otra oferta obtuvo 3 puntos sobre un total de 4.

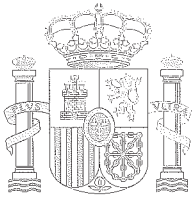
La alegación de la Administración de la Generalitat resulta perfectamente defendible en el proceso principal, pero no evidencia un error manifiesto y palmario por parte del OARCC, que pueda dar lugar a que se suspenda por esta sola causa la eficacia de la resolución impugnada. En efecto, la determinación del carácter vinculante o no del programa de obras que se contiene en el anexo 9 del pliego de condiciones es una cuestión que no resulta evidente y que ha de quedar reservada al examen del fondo del litigio. A este respecto, resulta muy relevante el hecho de que el propio órgano de contratación, al contestar las aclaraciones que le formularon las empresas interesadas sobre el contenido del pliego de condiciones, dio una respuesta afirmativa, como consta en la página 22 del documento, a la pregunta relativa a que “el Programa d'execució de les obres que ha de proposar el licitador permetrà l'adaptació del calendari proposat però s'haurà de respectar en tot cas l'ordre i seqüència de les obres”.

De ello resulta que la propia Administración contratante entendió en su día que el carácter orientativo del pliego en esta materia se refería sólo al calendario, pero no al orden y secuencia de las obras, que, sin embargo, aparecen modificados en la propuesta de la adjudicataria en un porcentaje relevante, dicho sea ello a los solos efectos de esta pieza separada y sin prejuzgar lo que se resuelva en la sentencia definitiva.

En consecuencia, debe concluirse que la resolución del OARCC no contiene un error manifiesto y evidente en su fundamentación, sino que se basa en un argumento perfectamente sostenible, cuyo acierto deberá ser examinado cuando se analice el fondo de la cuestión litigiosa. Ello significa que no cabe dar lugar a la suspensión de la eficacia de aquella resolución en base al mero criterio del “fumus boni iuris”.

TERCERO.- Por lo que respecta a los daños y perjuicios que ocasionaría la ejecución de lo resuelto por el OARCC, la Administración recurrente los refiere a diversos aspectos, como son:

1.- El hecho de que se ha suscrito el contrato, con la consiguiente extinción de la



entidad de derecho público Aigües Ter-Llobregat (ATLL), y se ha iniciado la prestación del servicio por el nuevo concesionario, de modo que se ha dado cumplimiento a la disposición adicional 1ª de la Ley 10/2011, de 29 de diciembre.

2.- Hay un interés público en mantener los efectos del contrato. Si se ejecutase la resolución del OARCC no se garantizaría una segunda oferta y podría transcurrir mucho tiempo hasta la formalización de un nuevo contrato. Además, debería indemnizarse a la adjudicataria.

3.- Igualmente se derivarían perjuicios para el personal de ATLL, habida cuenta que la adjudicataria mejoró la exigencia del pliego y se comprometió a mantener a la totalidad del personal durante toda la vigencia del contrato.

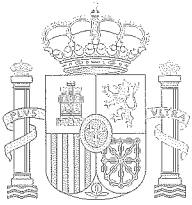
4.- Se produciría un incremento de la tarifa del servicio, ya que la ofrecida por la adjudicataria resulta ser claramente inferior, lo que supone una diferencia de unos 30 millones de euros anuales.

5.- Además, se producirían perjuicios irreparables para la Hacienda de la Generalitat, que ya ha percibido un primer pago de unos 298 millones de euros en concepto de canon, en tanto que ha contabilizado la totalidad del mismo en el ejercicio presupuestario de 2012.

CUARTO.- Por lo que respecta a la primera y la segunda de las citadas alegaciones, que pueden examinarse conjuntamente, debe tenerse en cuenta que la Administración de la Generalitat formalizó el contrato de autos antes de que se emitiera la resolución del OARCC, de modo que asumió voluntariamente el riesgo de que ésta dejara sin efecto el acuerdo de adjudicación. En consecuencia, este hecho no puede ser utilizado ahora como argumento contra la plena eficacia de lo resuelto por el Órgano de recursos.

En cualquier caso, no cabe considerar que la prestación del servicio pueda verse sustancialmente alterada por la ejecución de lo resuelto por el OARCC. No cabe olvidar que el artículo 35.3 de la Ley de Contratos del Sector Público dispone que *“si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquél y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio”*. De este modo, la Administración se halla facultada para adoptar las medidas pertinentes, incluso la continuidad de la gestión del adjudicatario durante un período transitorio, que eviten cualquier solución de continuidad en la prestación del servicio.

Por otra parte, existe otra oferta que vincula a quien la formuló y que no ha sido considerada inadmisibile en ningún momento, por lo que tampoco cabe prever la posibilidad de que se declare desierto el procedimiento de adjudicación, con la demora que sería inherente a esta circunstancia. El artículo 151.3 de la Ley de Contratos del Sector Público establece que *“no podrá declararse desierta una licitación cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego”*.



QUINTO.- Tampoco cabe apreciar la existencia de daños o perjuicios de difícil reparación respecto del personal de la extinta entidad Aigües Ter-Llobregat, desde el momento en que la exigencia de mantenimiento del puesto de trabajo que deriva del pliego de condiciones (20 meses) extiende su eficacia durante un período superior al de duración previsible de este procedimiento, y ello con mayor razón si se tiene en cuenta la oferta de la demandada, que se extiende a 40 meses.

SEXTO.- La incidencia que la ejecución de lo resuelto por el OARCC pueda tener sobre el sistema tarifario no ha quedado bien determinada en esta pieza separada. La Administración de la Generalitat sostiene que se produciría un incremento de unos 30 millones de euros anuales, pero lo cierto es que esta argumentación no descansa en una justificación suficiente. Por otra parte, tampoco puede dejarse de lado la incidencia que puedan tener sobre esta cuestión el ejercicio de otras potestades públicas, como las que vienen atribuidas a la Comisión de Precios. En definitiva, la estructura tarifaria tiene una configuración ciertamente compleja, máxime cuando se trata, como en este caso, de un suministro en alta que no repercute directamente sobre los usuarios del servicio. Por ello, tampoco cabe avanzar a esta fase del proceso argumentaciones que han de quedar reservadas al examen de fondo.

SÉPTIMO.- En último término, deben examinarse las consecuencias que la resolución del OARCC comportaría para la Hacienda de la Generalitat. Resulta obvio que la declaración de nulidad del contrato dará lugar a la devolución al adjudicatario de las cantidades que éste haya abonado por razón de aquél. Sin embargo, deben aplicarse en este caso las mismas razones que antes se ha expuesto sobre el hecho de que no es previsible, con arreglo a las normas legales antes citadas, una situación de pendencia prolongada antes de que se proceda a una nueva adjudicación. En tal caso, el abono del canon correspondiente será asumido por el nuevo adjudicatario, en condiciones equivalentes al anterior, por lo que tampoco cabe apreciar la existencia de un quebranto relevante para la Hacienda de la Generalitat.

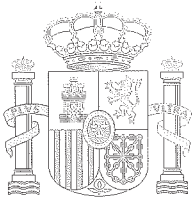
Por todo ello, debe denegarse la adopción de la medida cautelar que solicita la Administración recurrente. Desde la perspectiva de una aplicación correcta del Derecho europeo, que se pronuncia en los términos que antes se ha expuesto, debe concluirse que lo acordado por el órgano independiente de recursos (el OARCC) debe tener plena virtualidad, a no ser que se justificase la existencia de graves perjuicios para el interés general, cosa que aquí no ocurre, según lo razonado.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

PARTE DISPOSITIVA

EL TRIBUNAL ACUERDA:

No haber lugar a suspender la efectividad de la resolución impugnada del Órgano



Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña de fecha 2 de enero de 2013.

Contra esta resolución cabe interponer **recurso de reposición** ante este Tribunal, en el plazo de **CINCO días** a contar desde el siguiente a su notificación expresando la infracción en que la resolución hubiere incurrido a juicio del recurrente. Si no se cumplieren los requisitos establecidos, se inadmitirá, mediante providencia no susceptible de recurso.

Conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, para la interposición del recurso de reposición, deberá constituirse un depósito de **25 euros**, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano judicial, abierta en el BANESTO, Cuenta expediente nº **0940-0000-85-0014-13**, debiendo indicar en el campo concepto, la indicación "recurso" seguida del Código: 20 "Contencioso-reposición". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria el importe se remitirá a la Cuenta número: **0030-1846-42-0005001274**, indicando en el "concepto" el nº de cuenta del expediente referido (16 dígitos). Quedan exentos de su abono, en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y los Organismos Autónomos dependientes, debiéndose acreditar, en su caso, la concesión de asistencia jurídica gratuita.

Así lo acuerdan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados que componen el Tribunal, de todo lo cual yo la Secretaria doy fe.

E/.

ES COPIA

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado; doy fe