

Núm. de Protocol: AD-0131-3/05
TSA: 23/07

S E N T È N C I A NÚM. 13-2008

PARTS:

Apel·lant: HBLE. COMÚ D'ESCALDES-ENGORDANY
Representant: E.C.
Advocat: O.M.

Apel·lada: J.C.P. (C.)
Representant: C.S.M.
Advocat : B.M.

Apel·lada: E. S.A.
Representant: E.C.
Advocat : S.B.

COMPOSICIÓ DEL TRIBUNAL:

President : M.I. Sr. Albert Andrés Pereira

Magistrats: M.I. Sr. Bernard Plagnet
M.I. Sr. Lluís Saura Lluvià

A la vila d'Andorra la Vella, el 30 de gener de 2008.

El Tribunal Superior de Justícia, Sala Administrativa ha vist el recurs d'apel·lació a les actuacions número AD-0131-3/05.

En la tramitació d'aquestes actuacions han estat observades les prescripcions legals, i ha estat ponent el magistrat **Sr. Lluís Saura Lluvià** el qual expressa el parer del Tribunal.

A N T E C E D E N T S D E F E T

1.- La Secció Administrativa del Tribunal de Batlles, en la sentència número 2007-049, de 21 de maig de 2007, va estimar en la seva major part la demanda formulada per la entitat mercantil T.P.C. i va anul·lar l'adjudicació efectuada pel Comú d'Escaldes-Engordany, adoptada en la sessió del dia 20 de maig de 2005 en favor de la societat E. S.A. relativa als treballs d'excavació de la zona esportiva, cultural i social del Prat del Roure; la sentència va declarar el dret que assistia a C. a resultar adjudicatària del concurs públic i en conseqüència va reconèixer a aquesta el dret a percebre per part del Comú una indemnització per import de 176.302,92 € en concepte de lucre cessant.

2.- La representació processal del Comú d'Escaldes-Engordany interposa un recurs d'apel·lació contra la sentència demanant la revocació de la sentència per què durant la tramitació del procediment d'adjudicació es va significar verbalment a C. que la seva oferta havia tingut la consideració de baixa temerària i que en cap cas l'adjudicatària havia adduït la improcedència de considerar la seva baixa com temerària i que tot i que no se li va exposar aquesta situació per escrit se li va dir de paraula; afirma també que la sentència valora incorrectament els altres paràmetres en els que basa la decisió d'adjudicar el concurs a E.S.A.. Subsidiàriament considera que C. no ha aportat cap prova o valoració en la demanda sobre el lucre cessant que ha pogut experimentar i que el dictamen emès no te prou garanties de correcció.

3.- C. demana la confirmació de la sentència perquè el fet que no li fos comunicat per escrit la qualificació de temerària de la seva oferta li fa perdre tot valor a aquesta qualificació per tal com se li havia de comunicar per escrit i no de paraula i pel que fa al peritatge sobre quina és l'oferta preferible i el càlcul i puntuació que recull la sentència considera que és correcte.

4.- La representació processal d'E.S.A. reitera les seves manifestacions davant la primera instància processal.

5.- El dia 17 de desembre de 2007 ha tingut lloc la celebració de la vista oral, en la que les parts han ratificat el contingut dels seus escrits respectius.

FONAMENTS DE DRET

Primer.- La Sala Administrativa del Tribunal Superior de Justícia és competent per a conèixer del present recurs, de conformitat a allò establert en l'article 39.3 de la Llei Qualificada de la Justícia.

Segon.- El Comú d'Escaldes-Engordany va treure a concurs l'adjudicació dels treballs d'excavació de la futura zona esportiva, cultural i social del Prat del Roure, al que s'hi van presentar vuit empreses i del que en resultà adjudicatària la societat E.S.A. mitjançant la resolució adoptada en la sessió de ple del Comú de 20 de maig de 2005.

Una de les empreses que es van presentar al concurs, C. va recórrer la decisió en via administrativa, adduint que la seva oferta era la més dient i posteriorment, en seu jurisdiccional, argumentant el mateix i explicant que ho era, entre d'altres motius, per què per raó de la seva especialitat podia fer les feines en que consistia la prestació del concurs sense necessitat de subcontractar amb terceres empreses.

Per resoldre el que es planteja pel Comú apel·lant convé recordar determinats fets que consten a les actuacions i no es neguen per les parts:

- a) Que l'oferta de C. no va ser analitzada pel Comú per que es va considerar com a baixa temerària, ja que la quantitat ofertada (2.203.785,15 €) era inferior al 85 % de la mitja de totes les altres ofertes que s'havien presentat (mitja de 2.757.311,11 €) en aplicació de l'article 40 de la convenció del projecte.
- b) Que tot i que no se li va comunicar aquesta situació per escrit, se'ls va explicar de paraula, als representants de C. pel propi Cap del Departament d'Urbanisme del Comú, que la seva oferta representava una baixa del 20,07 % respecte del pressupost mig dels presentats, el que superava llargament el 15 % previst en l'article 40 de la convenció.
- c) Que després de les explicacions rebudes, C. no va fer cap mena d'al·legació ordenada a mostrar la seva disconformitat amb la qualificació de temerària de la seva oferta.

La sentència dictada per la Secció Administrativa considera -segon paràgraf del fonament de Dret quart- que el Comú no va donar l'oportunitat a C. de justificar documentalment la seva oferta, infringint-se d'aquesta manera l'article 40 de la convenció, que disposa que "El Comú d'Escaldes-Engordany comunicarà per escrit la condició de baixa temerària als licitants que estiguin en aquesta situació concedint-los un termini no inferior a tres dies per que presentin per escrit les justificacions tècniques i pressupostàries que considerin adients per argumentar l'import ofertat"; en conseqüència, la sentència considera que la oferta de C. s'havia de valorar i, en fer-ho, resol les pretensions fetes valer en la primera instància en favor de C. al considerar millor la seva oferta que la d'E.S.A. compte tinguda la prova pericial practicada i els factors de pressupost de l'oferta, programació de l'obra i desenvolupament tecnològic i experiència de les dues empreses.

Tercer.- La Llei de contractació pública, de 9 de desembre de 2000, preveu, en l'article 20.3, que l'òrgan de contractació no adjudiqui el contracte quan "presumeixi fonamentadament que una proposició no podrà ser acomplerta normalment com a conseqüència de baixes desproporcionades o temeràries", i el plec de clàusules administratives particulars que regeix el concurs d'autoes, en aplicació del precepte legal citat indica, en l'article 40, que "podran ser desestimades per baixa temerària les ofertes l'import de les quals sigui igual o inferior al 85 % de la mitjana dels imports de totes les ofertes presentades i acceptades".

No es discuteix que la proposta de C. era inferior al 85 % de la mitjana de les demés i per tant, que la seva oferta mereixia la qualificació esmentada; el que cal determinar és si el fet de no haver-li comunicat per escrit aquesta situació ni haver-li donat en aquesta forma el tràmit que preveu la convenció i plec de clàusules constitueix un menysteniment de garanties que obliga a valorar l'oferta de C. com ha establert la sentència. En aquest punt convé recordar que l'article 40 de la convenció indica que la condició de baixa temerària s'ha de comunicar per escrit als licitadors que estiguin en aquesta situació, concedint-los un termini no inferior a tres dies perquè presentin per escrit les justificacions tècniques i pressupostàries que considerin adients per argumentar l'import ofertat.

De la mateixa manera que la legislació de contractes intenta, mitjançant l'exclusió de les ofertes temeràries, barrar el pas a licitadors poc escrupolosos que no dubten en oferir allò que no podran complir amb la sola finalitat de desplaçar els seus competidors i portar

l'Administració a suportar el seu incompliment per la via dels fets consumats, també estableix una garantia procedimental en benefici de les empreses que realitzen ofertes extraordinàriament baixes, per tal que puguin justificar-les, i neutralitzar, amb la seva justificació, la presumpció fonamentada de que la baixa és desproporcionada o temerària.

En el cas que analitzem, tot i que la condició de baixa temerària no va ser comunicada per escrit, que és la forma com la normativa aplicable modalitza la garantia abans explicada, consta a les actuacions que ho fou de paraula, tant el dia que es va procedir a l'obertura de les ofertes presentades (13 de maig de 2005) on se'ls va dir que podien consultar l'expedient i fer les al·legacions que consideressin convenientes, sense que ho fessin, com posteriorment (el 17 de maig) i va consistir en explicacions extenses al respecte donades pel propi Cap del Departament d'Urbanisme a les dependències del Comú.

Quart.- És cert que el Comú no es va atènyer a la formalitat prescrita, de comunicar per escrit la situació de baixa temerària, cosa que ordinàriament podria provocar l'anul·lació de l'exclusió; però per aquesta sola raó no es pot, en el present cas, deixar sense efecte l'exclusió de la oferta per temerària, com ha fet la sentència recorreguda: en primer lloc perquè la substitució de la formalitat escrita per la oral no ha vulnerat les garanties de la licitadora, que des del primer moment ha conegut la qualificació de baixa temerària de la seva oferta; en segon lloc, i això és decisiu, perquè C. abans de l'adjudicació no va informar al Comú de les raons de la seva oferta tan baixa i posteriorment a l'adjudicació, en fase d'impugnació administrativa i jurisdiccional, s'ha limitat a exposar que la seva oferta és la més dient, sense impugnar la qualificació de temerària.

La única explicació que presenta C. per avalar la quantia de la seva oferta és que a diferència d'altres empreses, ella no havia de subcontractar els serveis que formen part de la prestació, ja que és una empresa molt especialitzada en excavacions i moviments de terres, mentre que E. ha de subcontractar aquest serveis, com ho exposa en la seva oferta, vulnerant, a més, la prohibició de cedir el contracte que estableix l'article 18 de la convenció.

Al respecte convé significar: en primer lloc que l'article 18 del plec de clàusules administratives particulars del concurs admet expressament la cessió total o parcial de les obligacions assumides per l'adjudicatari i

la subcontractació d'una o varies parts o unitats d'obra amb l'autorització escrita del Comú d'Escaldes-Engordany, per la qual cosa no és certa la prohibició de subcontractació que addueix C.; en segon lloc, que una o varies de les empreses que es van presentar al concurs subcontractin part de les unitats en les que es descomposa l'obra, pot justificar un preu més alt per la seva part, però no explica una baixa tant acusada per part de qui no necessita subcontractar.

En conseqüència del que s'exposa, l'exclusió de l'oferta formulada per C. era correcta i per tant la resolució que va adjudicar el concurs sense tenir-la en compte no es pot anul·lar per aquesta causa, la qual cosa comporta la estimació del recurs i la revocació de la sentència, amb confirmació de la resolució recorreguda.

Cinquè.- No es fa cap pronunciament sobre el pagament de les despeses d'aquesta segona instància en no apreciar-se temeritat o mala fe.

DECISIÓ

En atenció a tot el que s'ha exposat, la Sala Administrativa del Tribunal Superior de Justícia, en nom del poble andorrà ha decidit:

- 1) Estimar el recurs d'apel·lació interposat per la representació processal del Comú d'Escaldes-Engordany contra la sentència de la Secció Administrativa del Tribunal de Batlles de 21 de maig de 2007 (número 2007-049), que es revoca.
- 2) Declarar ajustada al dret la resolució adoptada en la sessió del ple del Comú de 20 de maig de 2005 per la que es va adjudicar a la entitat E.S.A. el concurs pels treballs d'excavació de la zona esportiva, cultural i social del Prat del Roure.
- 3) No fer cap pronunciament sobre el pagament de les despeses d'aquesta segona instància.

Aquesta sentència és ferma i executiva.

Manem que una vegada s'hagi complert el que disposa l'article 76 de la Llei de la Jurisdicció Administrativa i Fiscal es lliurin els autes originals

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA
Sala Administrativa

amb la certificació d'aquesta sentència al Tribunal de Batlles, Secció Administrativa del qual procedien, i que s'arxivin les actuacions del Tribunal.