

Núm. de Protocol: 100021/2017

Núm. Rotlle: TSJA-000005/2019

SENTÈNCIA 57-2019

PARTS :

Apel·lant: B. SLU

Representant: Sr. CPS

Advocada: Sr. LBE

Apel·lat: COMÚ Y

Representant: Sra. LCS

Advocada: Sra. LCS

Apel·lat: R. SL

Representant: Sra. EAM

Advocat: Sr. JBC

COMPOSICIÓ DEL TRIBUNAL

President: Sr. Albert ANDRÉS PEREIRA

Magistrats: Sr. Bernard PLAGNET

Sra. Elsa PUIG MUÑOZ

Andorra la Vella, el trenta de maig de dos mil dinou.

El Tribunal Superior de Justícia, Sala Administrativa ha vist el recurs d'apel·lació a les actuacions número **100021/2017**.

En la tramitació d'aquestes actuacions han estat observades les prescripcions legals, i ha estat ponent la magistrada Sra. **Elsa PUIG MUÑOZ**, la qual expressa el parer del Tribunal.

ANTECEDENTS DE FET

1.- El COMÚ Y va interposar demanda jurisdiccional contra l'Acord del propi Comú, de data 16 de novembre del 2016, que va acordar l'adjudicació del concurs pel subministrament dels àpats al C. i els àpats a domicili.

2.- En la sentència 85/2018, de 9 de novembre, el Tribunal de Batlles ha desestimat la demanda promoguda per COMÚ.

3.- Disconforme amb aquesta decisió la societat B. SLU va interposar recurs d'apel·lació en el qual estima, en substància, que:

- a l'informe d'adjudicació es va produir un error aritmètic que va provocar que no resultés adjudicatària del concurs, i aquest error s'ha de subsumir en l'article 48 del Codi d'Administració (en endavant CAd), concretament en l'apartat c), i no en l'article 49 del mateix CAd com fa la sentència del Tribunal de Batlles;

- la voluntat de la Junta de Govern va estar viciada per l'error de càlcul, sent d'aplicació l'article 43 del CAd;

- no pot resultar d'aplicació l'art 49 del CAd per la gravetat del vici, que comporta un canvi en l'empresa adjudicatària del concurs;

- l'empresa a la qual se li va adjudicar el concurs sempre podrà reclamar danys i perjudicis derivats de l'actuació comunal que resultin acreditats.

4.- El COMÚ s'ha aquietat amb la sentència (no ha interposat recurs d'apel·lació) i en la seva contesta al recurs interposat per B. SLU, el COMÚ afirma que, per coherència amb la posició mantinguda en la primera instància, manté que l'error patit és un vici de nul·litat de l'acte administratiu impugnat.

5.- Per la seva part, la societat R. SL es va oposar al recurs d'apel·lació formulat per B. SLU en les alegacions següents:

- és l'Administració la que ostenta legitimitació activa per recórrer un acte administratiu dictat per ella mateixa, per la qual cosa, si el COMU no ha interposat recurs d'apel·lació, tampoc pot fer-ho B. SLU que va comparèixer com a adherent;

- la societat B. SLU no va interposar recurs contra l'acord d'adjudicació, per la qual cosa resultaria un frau de llei que en aquesta segona instància es permetés que interposi recurs d'apel·lació;

- en via administrativa el COMÚ no s'ha limitat a subsanar un error aritmètic sinó que ha procedit a emetre nous informes en els quals es modifica la valoració feta al seu dia;

- no resulta d'aplicació cap causa de nul·litat de ple dret, amb cita de la sentència d'aquest Tribunal 72/2015, de 9 d'octubre.

6.- Trameses les actuacions a aquesta Sala, s'ha designat la magistrada ponent i han quedat vistes les actuacions per a deliberar i decidir.

Les parts han confirmat els seus arguments en els seus respectius escrits de conclusions.

FONAMENTS DE DRET

Primer.- Competència

El Tribunal Superior, Sala Administrativa, és competent per conèixer del recurs, en aplicació de l'article 39.3 de la Llei qualificada de la Justícia.

Segon.- Prèviament, s'ha de presentar un breu resum dels fets a l'origen del litigi:

El COMÚ Y va convocar un concurs per a l'adjudicació del servei dels àpats al C. i els àpats a domicili. Obra en el folis 11 i següents de les actuacions el plec de clàusules. A l'article del plec 7 s'estableixen els criteris d'adjudicació.

Al concurs s'hi van presentar dos licitadors: la societat B. SLU, que va obtenir un total de 62,48 punts, i R. SL, que n'obtingué 64. Conseqüentment aquesta darrera va resultar adjudicatària.

L'acord d'adjudicació es va notificar a ambdós licitadors en dates 21 i 22 de novembre de 2016, i es va publicar al BOPA del 23 de novembre, sense que B. SLU presentés recurs, si bé dita societat va sol·licitar còpia de l'expedient administratiu, que li fou lliurada el 9 de gener del 2017 (document 11 adjunt a la demanda).

Sembla que va ser en aquell moment que l'esmentada societat se'n va adonar d'un error aritmètic en la valoració de la puntuació relativa al preu (en aquest criteri es van atorgar 35,18 punts a B. SLU, i 45 punts al seu competidor, quan, si l'operació aritmètica s'hagués fet de forma correcta, la puntuació de la primera hauria estat de 42,82

punts, mantenint-se els 45 per l'altre licitador), i ho posa de manifest al COMÚ (probablement de forma verbal, ja que no s'ha aportat cap document que ho reflecteixi).

Aleshores, es fa un segon informe d'adjudicació (folis 62 i següents de les actuacions), de data 16 de gener de 2017, en el qual no es procedeix simplement a rectificar l'operació aritmètica incorrecta, sinó que es tornen a puntuar les dues ofertes aplicant els criteris d'adjudicació de forma diferent.

El resultat d'aquest segon informe és que l'oferta de B. SLU, es valora amb total de 95,65 punts, i la del R. SL, n'obtingué 72 punts, proposant-se la revocació de l'adjudicació del concurs a aquesta darrera i l'adjudicació a B. SLU.

L'informe de la Intervenció, també de data 16 de gener del 2017, proposa la revocació de l'adjudicació i la publicació al BOPA del nou adjudicatari, sense perjudici d'indemnitzar, si escau, a R. SL per l'import que acrediti aquesta empresa del perjudici econòmic sofert per la mateixa en execució d'aquest contracte entre la publicació al BOPA del primer acord d'adjudicació (23/11/2016) i la data de la revocació efectiva del contracte.

Per Acord de la Junta de Govern del dia 18 de gener del 2017, foli 33 de les actuacions, es va acordar iniciar els tràmits per a la revisió d'ofici i l'eventual declaració de nul·litat de l'acord d'adjudicació del concurs.

No es va donar termini per al·legacions als licitadors.

El 3 de febrer del 2017 el COMÚ va interposar demanda davant la Batllia, sol·licitant que es declarés la nul·litat de l'Acord de 16 de novembre del 2016 d'adjudicació del concurs.

La sentència del Tribunal de Batlles va rebutjar l'al·legació de manca del tràmit d'audiència esgrimida per l'adjudicatari, i va desestimar el recurs en entendre que no es donava cap causa de nul·litat de ple dret.

Tercer.- L'article 48 del CAd estableix que són nuls de ple dret els actes administratius:

- a) dictats per un òrgan manifestament incompetent
- b) en què el contingut és impossible o és constitutiu d'una infracció penal

c) que transgredeixen d'una manera total i absoluta el procediment legalment establert a llur respecte, o que violen les regles essencials per a l'expressió de la voluntat dels òrgans col·legials

d) que infringeixen l'article 7 del mateix Codi

Tanmateix, el CAAd no regula expressament el procediment de revisió d'ofici dels actes administratius. Amb tot, és evident que l'Administració no pot declarar lesiu un acte administratiu –amb la finalitat de poder-lo recórrer davant la jurisdicció administrativa- sense escoltar als interessats.

En aquest sentit ja s'ha pronunciat de forma reiterada aquest Tribunal. Així, a la sentència 83/2011, amb cita de d'altres dues anteriors:

“... convé fer referència a la sentència d'aquesta Sala núm. 2005-65, d'11 de novembre de 2005, la qual cita una anterior sentència de 19 de gener de 1996. Com es va dir llavors “per a la revisió d'ofici d'un acte administratiu declaratiu de drets resulta necessari que la seva adopció hagi comportat una vulneració de l'ordenament jurídic i, en segon lloc, que l'Administració iniciï les actuacions encaminades a la revocació de l'acte il·legal, amb la preceptiva audiència de l'interessat, dins del termini establert per a la seva impugnació jurisdiccional. En efecte, només durant aquest període, en el qual l'acte no ha guanyat encara fermesa definitiva, pot l'Administració encetar els tràmits necessaris per tal de deixar sense efecte, per pròpia autoritat, un acte declaratiu de drets que resulta il·legal”.

“Transcorregut aquest termini sense haver exercit la potestat de revisió d'ofici, l'Administració ha de procedir a impugnar l'acte que es reputa invàlid davant la Jurisdicció administrativa, fent ús de les facultats que li atribueix l'article 23 de la seva llei reguladora, per tal de què sigui aquesta darrera la que, previ el corresponent procés contradictori, examini la concurrència del vici denunciat i declari la invalidesa de l'acte”. (el subratllat no és de l'original)

És cert que en aquesta mateixa sentència 83/2011 es deia que la declaració de lesivitat no és un acte susceptible d'impugnació en via administrativa o jurisdiccional pel particular a qui l'acte beneficia –que serà la part demandada en el recurs que interposi l'Administració-, però les dues posicions –és a dir, que cal donar audiència als interessats i que la declaració de lesivitat no es pot recórrer pels interessats sinó només per l'Administració- no són incompatibles, ans al contrari, són complementàries.

Per això, no es pot compartir l'afirmació que es conté a la sentència del Tribunal de Batlles de que no cal l'audiència al licitador que ha resultat adjudicatari en el procediment administratiu previ a la interposició per l'Administració de la demanda contenciosa.

D'altra banda, l'article 23 de la Llei Administrativa i Fiscal (en endavant LAF) disposa:

"Article 23. Legitimació activa

Poden demanar legítimament davant la jurisdicció administrativa i fiscal:

qualsevulla persona física o jurídica, pública o privada, en relació amb els actes sotmesos al control de la jurisdicció administrativa i fiscal segons l'article 1 a) d'aquesta llei;

qualsevulla persona física o jurídica, pública o privada, que tinguin un interès, dret, expectativa de dret, etc. vinculats amb els actes sotmesos a la jurisdicció administrativa i fiscal segons l'article 1 b);

l'Administració pública per a obtenir la declaració de nul·litat de ple dret d'un acte administratiu, d'acord amb el Codi de l'Administració."

D'acord amb aquest precepte, doncs, només l'Administració està legitimada activament per a obtenir la declaració de nul·litat de ple dret d'un acte administratiu.

Es tracta d'un procés en el qual la posició ordinària de les parts en el procés contenciós -és a dir, la part demandada és sempre una Administració pública, mentre que la part actora és una persona física o jurídica privada, si bé també ho pot ser una altra Administració- s'inverteix, ja que l'Administració -i només aquesta- serà la part actora, mentre que aquell interessat a qui li sigui favorable l'acte que es vol anular, serà la part demandada.

És cert que l'article 25 de la mateixa LAF estableix que poden intervenir en el procés com adherent tota persona física o jurídica, pública o privada, que tingui un interès directe i legítim en l'objecte del judici.

En la interpretació d'aquest precepte, el Tribunal Constitucional (sentència de 7/5/2017, causa 2017-38-RE), va declarar:

"3.4. El dret a l'accés a la jurisdicció es realitza de manera conforme a les lleis processals que estableixen el dret a presentar una demanda, però també existeix una altra modalitat d'accés a la jurisdicció establerta legalment i que consisteix en adherir-se a una demanda. Segons l'article 25 de la Llei de la jurisdicció administrativa i fiscal "Poden intervenir en el procés com adherent tota persona física o jurídica, pública o privada, que tingui un interès directe i legítim en l'objecte del judici". I, a aquest efecte, "el batlle ponent de la Sala Administrativa del Tribunal de Batlles ordenarà (...) que la interposició de la mateixa demanda s'anuncii en el Butlletí Oficial". Finalment, disposa que "La intervenció de l'adherent podrà ésser admesa en qualsevol fase del procediment abans de sentència; però l'adherent no podrà obtenir que el procediment es retrocedeixi."

3.5. El raonament jurídic tercer de l'acte del 5 d'octubre del 2016, dictat per la Secció del Contenciós-Administratiu 1 de la Batllia denega aquesta via d'accés a

la jurisdicció considerant que "el mer assenyaladament d'ésser titulars d'accions preferents no justifica l'existència d'un interès directe i legítim en el present plet".

Tanmateix, és evident que el dret d'accés al procediment jurisdiccional pot exercir-se per dues vies: com a demandant o com a adherent, en tots dos casos, d'acord amb les lleis i amb els drets predeterminats per elles. Aquesta segona via d'accés pot donar-se en qualsevol fase del procediment a aquella persona que l'insti sempre que faci evident que té un interès legítim i directe."

Així, segons la interpretació del Tribunal Constitucional andorrà, mitjançant aquest precepte es pot comparèixer com a coadjuvant de la part actora i no només de la part demandada. Però aquesta interpretació es va fer en un contenciós ordinari, i no en contenciós posterior a un procés de lesivitat.

Amb tot, si s'entengués que també en aquest procés especial es pot comparèixer com a adherent de l'Administració, allò que no és possible es apartar-se de la posició mantinguda per aquesta en el procés.

En efecte, la compareixença com a adherent obliga a mantenir una posició coincident amb la mantinguda per aquella part que el nou intervinent en el procés esculli, és a dir, actora o demandada, però, en qualsevol cas, no es pot apartar d'aquesta posició, ja que es compareix com a *adherent*, la qual cosa comporta que el nou compareixent –actor o demandat- s'ha *d'adherir* a posició mantinguda per l'actor (en cas que es comparegui com a adherent de l'actor) o a la de la demandada (en cas que es comparegui com a adherent de la demandada).

I és que per més amplitud que es vulgui donar a l'article 25 de la mateix LAF, és evident que no poden ser equivalents la figura del recurrent i la de l'adherent.

Per això, com sigui que la sentència del Tribunal de Batlles desestima la demanda del COMÚ, si aquest no interposa recurs d'apel·lació –com ha succeït- tampoc no ho pot fer la societat B. SLU que ha comparegut com a adherent del COMÚ.

Els fonaments d'aquesta sentència podrien acabar aquí. Tanmateix, es vol deixar constància que tampoc no era possible que, havent-se apreciat una errada en una operació aritmètica en l'informe d'adjudicació d'un concurs, l'Administració aprofiti per tornar a valorar tots els criteris d'adjudicació aplicant, a més, una interpretació diferent de la feta anteriorment, que és, en definitiva, el què pretén el COMÚ, ja que aquesta posició no es pot encabir en cap dels supòsits previstos a l'article 48 del CAAd.

Quart.- No s'aprecien circumstàncies determinants d'una especial condemna al pagament de les despeses d'aquesta segona instància.

DECISIÓ

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

Primer.- Inadmetre el recurs d'apel·lació presentat per B. SLU.

Segon.- De no efectuar cap condemna en costes.

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

Així, per aquesta nostra sentència, definitivament jutjant, ho manem i signem.