

Núm. de Protocol: 2000020/2017
Núm. de Rotlle: TSJA-0000139/2018

SENTÈNCIA 78-2019

PARTS:

Apel·lant: H. SL

Representant: Sra. CSL
Advocat: Sr. IPM

Apel·lat: C. SA

Representant: Sr. BAA
Advocat: Sr. JCG

Apel·lat: R. SL i N. SA

Representant: Sr. CPS
Advocat: Sr. LBE

Apel·lat: GOVERN D'ANDORRA

Representant: Sra. IOM
Advocada: Sra. MBD

COMPOSICIÓ DEL TRIBUNAL:

President: Sr. Albert ANDRÉS PEREIRA

**Magistrats: Sr. Bernard PLAGNET
Sra. Elsa PUIG MUÑOZ**

Andorra la Vella, vint-i-sis de setembre de dos mil dinou.

El Tribunal Superior de Justícia, Sala Administrativa, ha vist el recurs d'apel·lació a les actuacions número 2000020/2017.

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

ANTECEDENTS DE FET

1.- La representació de l'entitat H. SL va interposar demanda contra el GOVERN, en què impugnava l'acord de 28 de desembre de 2016, que va desestimar el recurs de reposició formulat contra la decisió, adoptada verbalment el 14 d'octubre de 2016, de no excloure les empreses codemandades del concurs per a la concessió de les línies del transport nacional regular de viatgers.

La sentència de la Secció Administrativa del Tribunal de Batlles de 10 d'octubre de 2018 ha desestimat la demanda i ha declarat que les resolucions impugnades són ajustades a dret i als fins que legitimen l'activitat administrativa.

2.- La societat agent ha interposat recurs d'apel·lació contra l'esmentada sentència de la Batllia, el qual es fonamenta, en síntesi, en les següents alegacions:

a) La decisió del Tribunal *a quo* es basa en que no s'ha detectat una interferència recíproca entre les ofertes que van presentar les codemandades i, tanmateix, s'ha denegat la prova pericial que anava encaminada a acreditar aquest extrem.

b) Resulta necessària la pràctica de la prova referida, ja que, entre d'altres extrems, les ofertes de les codemandades es presentaven per als mateixos lots, i la manca d'aportació econòmica de la UTE suposava una millor valoració de l'oferta de l'altra empresa.

3.- La representació del Govern s'ha oposat al recurs i ha sol·licitat que es confirmi íntegrament la sentència apel·lada, en base als següents arguments:

a) La demanda és inadmissible, ja que la resolució impugnada és un acte de tràmit que no posa fi al procediment ni produïa indefensió, ja que la part agent no s'havia vista exclosa del procediment de licitació.

b) S'ha produït una pèrdua d'objecte del procés, ja que el concurs va ser finalment declarat desert mitjançant resolució que ja és ferma.

c) Quant al fons, s'ha de fer una lectura conjunta del plec de bases i de la Llei de la contractació pública, i l'exclusió de les ofertes només procediria en el cas d'existir un concert de voluntats, cosa que no succeeix en aquest cas, en què les empreses afectades tenen una gestió independent.

4.- La representació de l'entitat C. SA s'ha oposat igualment al recurs, en base a les següents alegacions:

a) L'acte impugnat no és recurrible, ja que és de tràmit, no fa impossible la continuació del procediment i no causa indefensió.

b) El recurs d'apel·lació es limita a fonamentar la necessitat de la pràctica de proves en la segona instància i no concreta els motius d'impugnació o greuges concrets contra la sentència recorreguda.

c) Les proves sol·licitades són irrellevants per resoldre el cas, ja que la seva participació en l'empresa que forma part de l'accionariat d'una de les societats integrants de la UTE era minoritària i, a més, el concurs es va declarar desert i les seves bases van ser anul·lades, en part, per una sentència d'aquesta Sala de 22 de març de 2018.

5.- Les societats N. SA i R. SL han contestat el recurs, alegant substancialment que la declaració del concurs com a desert ha de comportar l'extinció del procés per desaparició de l'objecte litigiós.

6.- En haver estat acordada la substitució de la vista oral pel tràmit de conclusions, les parts van presentar els escrits corresponents, en els quals van reproduir substancialment les alegacions que anteriorment havien formulat.

FONAMENTS DE DRET

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

Segon.- Les resolucions administratives que s'impugnen en aquest procés van decidir que no procedia l'exclusió de les ofertes presentades per les entitats codemandades per participar en el concurs convocat per a la concessió de les línies del transport nacional regular de viatgers.

La part agent discuteix aquesta decisió, en considerar que es vulnera la clàusula 1.5 del plec de bases, segons el qual:

“D’acord amb l’article 8.1 de la Llei de contractació pública vigent, cada licitador pot presentar una única proposta per lot i no pot figurar ni directament, ni indirectament, mitjançant societat participada en més d’una per lot, tant si es presenta a títol individual, com si ho fa mitjançant un grup d’empreses. La contravenció d’aquesta norma produeix la desestimació de totes les ofertes presentades pel licitador o licitadors afectats”.

La sentència apel·lada ha considerat que aquesta infracció existiria en una interpretació merament gramatical de la clàusula, però que la finalitat de la mateixa és la defensa del principi de lliure concurrència, que no s’ha vist vulnerat en aquest cas concret, ja que no consta l’existència d’un concert de voluntats entre les societats codemandades per tal d’obtenir fraudulently l’adjudicació del contracte.

Tercer.- Com a qüestió prèvia, s’ha de determinar si la demanda era o no inadmissible, com defensen el Govern i la C. SA, en funció de que s’està impugnant un acte que no posa fi al procediment de contractació.

Aquest argument pot ser examinat en aquesta alçada, ja que les parts esmentades el van articular en la instància i no va ser acollit per la sentència apel·lada, que va entendre que l’acte presenta una substantivitat pròpia que fonamenta la possibilitat d’impugnar-lo de forma autònoma.

Encara que les demandades no han presentat recurs d’apel·lació, no és discutible que, com ha declarat una jurisprudència reiterada, els apel·lats poden reproduir en la segona instància les excepcions que no van ser acollides en la primera, encara que no hagin pogut apel·lar la sentència, pel fet de que els hi és favorable per altres motius. Això no és obstacle per poder reexaminar en aquesta instància la qüestió, ja que d’altra manera es produiria una situació d’indefensió per als apel·lats, com ha declarat aquesta Sala de forma reiterada, ja que, en altre cas, part de les seves argumentacions no podrien ser revisades en segona instància.

Quart.- No hi ha cap dubte que la decisió de no excloure uns licitadors del procediment de contractació és un acte de tràmit, ja que no clou l’expedient ni fa impossible la seva continuació. En conseqüència, des d’aquesta perspectiva, s’arriba a la conclusió de que aquest no és un acte impugnabile en via administrativa o jurisdiccional, segons els articles 124.2 del Codi de l’Administració i 8 de la Llei de la jurisdicció administrativa i fiscal.

És cert que existeixen una sèrie d’actes de tràmit qualificats, que tot i no cloure el procediment, poden ser objecte d’impugnació separada i independent de la resolució final. En l’àmbit de la contractació administrativa, així succeeix amb les bases de la convocatòria d’un procediment, com va

declarar la sentència d'aquesta Sala núm. 30-2018, de 22 de març, o en el cas d'exclusió d'algun dels licitadors.

En el primer cas, es tracta de les regles del procediment, que condicionen el propi contingut de les ofertes dels licitadors, i que tenen un efecte vinculant per als mateixos i per a la pròpia Administració, de manera que poden ser impugnades de forma autònoma, ja que algun dels interessats podria veure impossibilitada la seva participació pel contingut de les bases.

En el segon cas, l'exclusió d'un o varis dels licitadors clou per a ells els procediment, de manera que poden impugnar aquesta exclusió sense necessitat d'esperar a la finalització del procediment.

Ara bé, en el cas de que no s'exclouï a cap dels participants, com succeeix en aquest cas, la tramitació del procediment segueix sense cap obstacle, per la qual cosa no es pot admetre la impugnació separada d'aquesta decisió, que és un acte de mer tràmit i no reuneix cap de les característiques abans esmentades i, en conseqüència, no és un acte qualificat.

Cal pensar que seria possible que, tot i no haver-se exclòs els codemandats, l'agent hagués obtingut l'adjudicació al seu favor, la qual cosa posa de relleu, des de la perspectiva del principi d'economia processal, que no es justifica en absolut la possibilitat d'una impugnació separada de l'acord que manté a tots els interessats com a parts del procediment de contractació.

En conseqüència, per aquest sol motiu, ja procedeix confirmar la sentència desestimatòria apel·lada, encara que per altres raons diferents a les que la fonamenten.

Cinquè.- En qualsevol cas, també s'hauria de desestimar el recurs per raons de fons. D'una banda, perquè la sentència recorreguda ha considerat que, malgrat el tenor literal de la clàusula 1.5 del plec de bases, només es poden excloure aquelles ofertes en què s'apreciï que ha existit un concert de voluntats encaminat a condicionar fraudulentament el resultat del concurs. Ara bé, la part agent no discuteix ni tan sols aquest argument i es limita, com al·lega una de les codemandades, a qüestionar la denegació de la pràctica de la prova pericial que va proposar.

Si no es discuteix la interpretació de la clàusula litigiosa que fa la Batllia, resulta rellevant el fet que la participació a l'empresa N. SA de la societat E. SL, que, al seu torn, és propietat de la C. SA, és minoritària, de manera que

no existeix una unitat de gestió i de direcció que pugui fer palès el concert de voluntats de què parla la sentència apel·lada.

En segon lloc, tampoc es pot considerar que la prova pericial que va ser denegada hagués estat rellevant per a la decisió del procés. El cert és que la proposició de la prova va encaminada a posar de relleu les diferències que s'haurien produït si les ofertes de les codemandades haguessin estat excloses o no ho haguessin estat. En conseqüència, com diu la sentència apel·lada, la finalitat de la prova era la de valorar la incidència que hagués tingut la exclusió de les ofertes discutides, però no la d'examinar el seu contingut, a través d'un estudi comparatiu, per tal de determinar si existien indicis d'un concert fraudulent de voluntats entre les mateixes. En aquestes circumstàncies, la denegació de la prova no ha produït una indefensió de la recurrent, especialment quan no es discuteix l'argument de fons en què descansa la sentència apel·lada.

En darrer terme, s'ha de considerar que s'han produït unes circumstàncies que han determinat la pèrdua de la finalitat legítima del procés. D'una banda, la sentència d'aquesta Sala núm. 30-2018 va anul·lar en part les bases d'aquest concurs i, d'altra, el procediment de contractació va ser declarat desert per l'Administració, mitjançant resolució que ha guanyat fermesa. En conseqüència, el fet de que les ofertes de les codemandades haguessin estat o no excloses ja no afecta al resultat del concurs, que ha quedat desert i, tal com es diu, se n'ha convocat un de nou.

Per tot això, procedeix desestimar el recurs d'apel·lació i confirmar el pronunciament de la sentència impugnada.

Sisè.- No s'aprecia una especial temeritat ni mala fe que justifiqui la imposició de les costes causades en aquesta instància.

DECISIÓ

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

Primer.- Desestimar el recurs d'apel·lació que interposa l'entitat H. SL contra la sentència dictada el 10 d'octubre de 2018 per la Secció Administrativa del Tribunal de Batlles.

Segon.- No efectuar un especial pronunciament sobre les costes causades.

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.