

Núm. de Protocol: 2000027/2018

Núm. Rotlle: TSJA-0000071/2019

SENTÈNCIA 22-2020

PARTS:

Apel·lant: E. SLU

Representant: Sr. JFC

Advocat: Sr. EAM

Apel·lant: GOVERN D'ANDORRA

Representant: Sra. IOM

Advocada: Sra. LQV

Apel·lant: M. SL

Representant: Sra. HDB

Advocada: Sra. ADM

COMPOSICIÓ DEL TRIBUNAL

President: Sr. Albert ANDRÉS PEREIRA

Magistrats: Sr. Bernard PLAGNET

Sra. Elsa PUIG MUÑOZ

Andorra la Vella, el vint-i-quatre de setembre de dos mil vint.

El Tribunal Superior de Justícia, Sala Administrativa ha vist el recurs d'apel·lació a les actuacions número **2000027/2018**.

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

ANTECEDENTS DE FET

1.- La societat E. SLU va interposar demanda jurisdiccional contra la resolució del Govern d'Andorra del 14 de febrer el 2018, per la qual es desestimava el recurs presentat contra l'acte d'adjudicació del contracte per dur a terme la concessió d'un servei de bicicleta elèctrica compartida.

2.- En la sentència del 4 de setembre de 2019 el Tribunal de Batlles ha estimat la demanda promoguda per la societat E. SLU.

3.- En el seu escrit d'apel·lació de data 29 d'octubre de 2019, la societat M. SL estima en substància:

La sentència recorreguda indica que la societat E. SLU sosté que la societat M. SL hauria presentat una oferta en la que es preveu la subcontractació de tot el personal a excepció del gerent: aquesta afirmació és absolutament falsa i la sentència hauria d'haver-la refusat de ple en lloc d'avaluar-la.

La societat M. SL ha subministrat les bicicletes elèctriques així com les bases d'aparcament i càrrega i està desenvolupant totes les tasques necessàries per al seu manteniment.

La societat M. SL és la propietària del sistema informàtic de gestió del servei i s'ocupa del manteniment del mateix (v. document foli 36 i següents, principalment, l'article sisè, foli 37).

La societat ha desplegat tota l'activitat necessària per a la prestació del servei que constitueix l'objecte de la concessió.

En l'escrit de contesta de data 4 de desembre del 2019 al recurs d'apel·lació de la societat E. SLU, la societat M. SL estima en substància:

La societat E. SLU formula qüestions que no van ser objecte de recurs previ davant del Govern, ni tenen res a veure amb l'objecte del present procediment atès que no fan referència a l'acte administratiu impugnat. Tanmateix pretenen fiscalitzar el compliment del contracte administratiu signat per Govern i la societat M. SL el dia 18 de desembre de 2017.

La societat E. SLU ha aportat noves propostes econòmiques en dates posteriors al termini de presentació de la licitació.

En data 27 de desembre de 2017 el Govern va aprovar el canvi de proveïdor de les bicicletes de les bases.

La societat M. SL va aportar la fiança requerida al plec de bases per a concórrer al concurs.

En l'escrit de contesta de la societat M. SL de data 4 de desembre de 2019 al recurs d'apel·lació del Govern, la societat M. SL s'adhereix a totes les manifestacions contingudes en l'escrit del Govern.

En l'escrit de conclusions de data 25 de febrer de 2019, foli 155, la societat M. SL ha confirmat els seus arguments, continguts en els escrits d'apel·lació i de contesta.

4.- En el seu recurs d'apel·lació de data 26 d'octubre de 2019 la societat E.SL estima en substància:

- Nova empresa subministradora: la societat M. SL ha subscrit un nou contracte de compravenda i servei post-venda amb la societat espanyola F SL de data 19 de gener de 2018, posterior a la data d'adjudicació del servei públic de bicicleta elèctrica per part del Ministeri.

En tant que a data d'avui els serveis de bicicleta elèctrica compartida que operen a la via pública d'Andorra són completament diferents als inicialment ofertats per M. i que van ser objecte de la deguda avaluació pel Govern.

-Incompliment de la garantia bancària estipulada en el contracte de concessió del servei amb el Govern d'Andorra. Ha resultat demostrat per la pròpia exposició que Govern fa dels fets, que M. SL va rebre un tracte més favorable al ser-li admès un preacord mancat de confirmació per part dels responsables de l'entitat bancària.

La societat demana la condemna de l'adversa al pagament de les costes processals. En cas que l'interès públic compromès a altra circumstància impossibilités que finalment E. no fos l'adjudicatària del servei, tot i reunir una major puntuació, sigui indemnitzada amb la deguda compensació per danys i perjudicis corresponent al lucre cessant de l'adjudicació de 10 anys.

En l'escrit de contesta de data 2 de desembre del 2019, la societat E. SLU, estima en substància:

Cap d'aquestes funcions delegades per M. SL a terceres empreses (serveis d'atenció al públic, neteja i trasllat de les bicicletes, manteniment i reparació de bicicletes) pot ser considerada en cap cas com a prestacions accessòries, ja que constitueixen el nucli principal i sense cap d'aquestes prestacions el servei no podria existir.

S'exigia una interpretació sistemàtica de l'article 42 de la LCP i per tant, hauria d'haver-se efectuat una autorització amb caràcter previ a la presentació de l'oferta de M. SL i donar-li la deguda publicitat.

La societat E. SLU ha confirmat els seus arguments en el seu escrit de conclusions de data 19 de febrer de 2020.

5.- En el seu recurs d'apel·lació de data 13 de novembre de 2019, el Govern estima en substància:

Sobre els serveis principals i els serveis accessoris

La reparació de les bicicletes no pot tractar-se, en cap cas, d'un servei principal.

Pel que fan els servei informàtics, un cop la plataforma estigui creada l'empresa subcontractista no farà més presència en tot el contracte ja que el personal de M. SL serà qui s'encarregui de gestionar i utilitzar el programari creat per l'empresa subcontractista.

Considerem que ha quedat suficientment acreditat que els serveis que M. SL proposa subcontractar d'acord amb l'oferta presentada, són els serveis accessoris i en conseqüència respecta el manament establert en virtut de l'article 42 de la LCP, així com el plec de bases d'aquest concurs.

Sobre l'autorització prèvia

L'autorització es necessària abans d'iniciar els treballs subcontractats però en cap cas es pot entendre com una autorització prèvia a la presentació de l'oferta per part del licitador (article 2 de Llei de contractació pública).

En el seu escrit de contesta de data 17 de desembre del 2019 el Govern estima en substància:

-L'adjudicatària disposa de personal amb una vinculació directa i exclusiva amb aquesta empresa i que totes les tasques principals queden cobertes per la pròpia estructura de M. SL tal com s'exigia en el plec de concurs.

-El Govern ha utilitzat el mateix criteri a l'hora de valorar les ofertes presentades per les dues empreses. Cal tenir present que les dues proposaven la subcontractació d'alguna activitat del servei.

-No totes les activitats descrites en plec de bases del concurs han de ser definides com a prestacions principals.

-La responsabilitat de l'administració no pot ser reclamada en el marc de la present causa i per primera vegada en aquesta instància.

-Les manifestacions de la societat E. SLU es troben totalment deslligades de l'objecte d'aquesta causa, en tractar-se d'al·legacions sobre fets que res tenen a veure amb l'adjudicació del servei i que tindrien lloc en una fase posterior del procediment.

El Govern ha confirmat els seus arguments en l'escrit de conclusions de data 9 de març de 2020.

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

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.

En la sessió del 10 de maig de 2017, el Govern va acordar la realització d'un concurs per a la licitació d'un servei de bicicleta elèctrica compartida.

D'acord amb l'edicte s'han presentat 2 ofertes de les empreses següents: M. SL i E. SLU.

En l'informe de data 11 octubre de 2017, el Departament de Medi Ambient i Sostenibilitat escriu: *"Pet tot això, es posa a consideració i si escau a aprovació del Govern... 2) Adjudicar a M. SL la concessió per d'un servei de bicicleta elèctrica compartida..."* (foli 74).

Per edicte de data 18 d'octubre de 2017, es fa pública l'adjudicació de la concessió d'un servei de bicicleta elèctrica; l'adjudicatària és l'empresa M. SL. (foli 107).

En data 18 de desembre de 2017, es formalitza el "contracte de concessió del servei públic: servei de bicicleta elèctrica compartida" (foli 417).

Per escrit de data 13 de novembre de 2017, la societat E. SLU presenta un recurs administratiu contra l'adjudicació (foli 336).

Per resolució de data 14 de febrer de 2018, el Govern ha desestimat el recurs administratiu (foli 374).

Sobre els fons, aquest litigi planteja en síntesis, dos sèries de qüestions: la regularitat de la subcontractació i els greuges relatius a l'execució del contracte per M. SL.

Tercer.- Sobre la subcontractació

El punt 4 del contracte de concessió preveu: *"...No obstant això, d'acord amb l'article 42 de la Llei de contractació pública vigent, l'empresari pot subcontractar la gestió de prestacions accessòries, amb l'autorització prèvia del Ministeri i sempre sota la responsabilitat i risc de l'adjudicatari"* (foli 100); i foli 120 del plec de bases generals administratives (text idèntic).

L'article 42 de la Llei de contractació pública disposa: *"Cessió del contracte i subcontractació de prestacions accessòries. Queda prohibida la cessió del contracte de gestió de serveis públics. Això no obstant, l'adjudicatari pot subcontractar la gestió de prestacions accessòries, amb l'autorització prèvia de l'òrgan de contractació"*.

S'han de resoldre dos qüestions:

1) La definició de les prestacions accessòries

L'objecte essencial de la concessió és la creació *“d'un servei de bicicleta elèctrica compartida”*. Aquesta creació és una part d'una política més àmplia: *“el desplegament d'aquest model de mobilitat sostenible i compartida a diversos nivells, tenint present que aquest servei revertia molt positivament en la mobilitat interna de la Parròquia i del País en general”* (v. el conveni de col·laboració entre el Govern d'Andorra, els comuns i l'automòbil club d'Andorra per a la implantació de la bicicleta elèctrica a Andorra, foli 68) i els convenis de col·laboració entre el Govern d'Andorra i els comuns de data 18 d'octubre de 2017 (foli 90).

El Plec de bases generals administratives confirma aquest objectiu: *“El servei ha de permetre que un usuari pugui realitzar desplaçaments per l'interior del territori mitjançant l'ús de bicicletes distribuïdes estratègicament”* (foli 112).

Per tant, la creació d'aquest servei és el “nucli central” de la concessió i s'ha de distingir dels mitjans de l'explotació del servei (per exemple, tasques de manteniment i de reparació de les bicicletes...).

Es pot remarcar que les dos empreses havien previst una subcontractació en les ofertes: M. SL (foli 569 i següents) i E. SLU (foli 726 i següents).

Per aquest motiu, s'ha de concloure que les prestacions objecte de la subcontractació són “prestacions accessòries” en el sentit de l'article 42 de la Llei de contractació pública.

2) L'autorització del Govern

L'oferta presentada per la societat M.SL preveia la subcontractació (foli 569 i següents) i com manifesta el Govern en el seu escrit d'apel·lació (foli 66 de l'expedient de segona instància), *“no ni ha cap dubte que la subcontractació es va autoritzar de forma inherent per l'acceptació de l'oferta”*. Aquesta autorització va veure's concretada amb la formalització del contracte administratiu de concessió del servei que es va signar en data 18 de desembre de 2017 entre la societat M. SL i el Govern (foli 417 i següents i especialment, foli 419, punt 4).

Per carta de data 19 de desembre de 2017, la societat M. SL ha sol·licitat el canvi de proveïdor pel servei de bicicletes compartides. Per carta de data 3 de gener de 2018, el Director General de Medi Ambient i Sostenibilitat informa la societat que *“tenint en compte que la vostra sol·licitud no modifica ni les finalitats, ni les característiques bàsiques del projecte inicial i millora la fiabilitat i la qualitat del servei, el Govern, en la sessió del 27 de desembre de 2017, ha aprovat aquest canvi de proveïdor”* (foli 101 de l'expedient de segona instància).

L'article 42 de la Llei de contractació pública no exigeix que l'autorització del Govern sigui prèvia a la decisió d'adjudicació. En efecte, aquesta autorització no és una “fase de la contractació” en el sentit de l'article 35 de la Llei de contractació pública. Es significatiu que l'article 42 figura en la Llei a continuació de l'article 40 “Execució del contracte”.

En conseqüència, el procediment seguit pel Govern és conforme a la Llei.

Quart.- Sobre els greuges relatius a l'execució del contracte per M. SL.

Aquests greuges figuren en el recurs d'apel·lació presentat per la societat E. SLU (principalment foli 42 i següents de l'expedient de segona instància).

Aquests arguments no poden prosperar atès que són relatius a fets posteriors a l'adjudicació, és a dir en la fase d'execució del contracte. Per aquests fets, es pot aplicar, eventualment, el punt 17 del contracte del 18 de desembre de 2017: “Règim d'infraccions, sancions i penalitzacions” (aplicació dels principis continguts en l'article 41 de la Llei de la contractació pública).

En conseqüència, per aquest motiu no es pot qüestionar la legalitat del procediment d'adjudicació.

Cinquè.- La demanda d'indemnització presentada per la societat E. SLU (escrit de conclusions, pàgina 5 i 6) no pot prosperar, atès que, en aquests cas, no acredita una falta de servei en el sentit de l'article 59.1 del Codi de l'Administració.

Sisè.- 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.- Estimar els recursos d'apel·lació presentats pel GOVERN i per la societat M. SL.

Segon.- Desestimar el recurs d'apel·lació presentat per la societat E. SLU.

Tercer.- Anul·lar la sentència recorreguda i declarar que la resolució núm. 230856/2018 del 14 de febrer de 2018 és ajustada a dret i als fins que legitimen l'activitat administrativa.

Quart.- 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.