

Núm. de Protocol: 2000040/2017
Núm. Rotlle: TSJA-0000009/2018

SENTÈNCIA 59-2018

PARTS :

Apel·lant: A, SLU
B

Representant: Sra. E.A.M.
Advocat: Sr. J.B.C.

Apel·lat: COMÚ X

Representant: Sr. R.V.C.
Advocat: Sr. R.V.C.

Apel·lat: C SA

Representació: Sra. H.D.B.
Advocat: Sr. A.R.G.D.

Apel·lat: COMÚ Y

Representació: Sr. J.F.C.
Advocat: Sr. J.A.S.C.

COMPOSICIÓ DEL TRIBUNAL

President: M.I Sr. Albert ANDRÉS PEREIRA

Magistrats: M.I Sr. Bernard PLAGNET
M.I Sra. Elsa PUIG MUÑOZ

Andorra la Vella, vint de juliol de dos mil divuit.

El Tribunal Superior de Justícia, Sala Administrativa ha vist el recurs d'apel·lació a les actuacions número **2000040/2017**.

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.- Les societats demandants van interposar demanda jurisdiccional contra la resolució del Comú X, de 24 de novembre de 2016 i publicada al BOPA el 7 de desembre de 2016, mitjançant la qual es feia pública l'adjudicació de la concessió de la gestió del servei de recollida de residus urbans de les parròquies X i Y a la societat C SA.

2.- En la sentència 64/2017 del 4 de desembre de 2017 el Tribunal de Batlles va desestimar la demanda.

3.- En el seu escrit d'apel·lació del 9 de febrer de 2018, les societats agents formulen les mateixes al·legacions que es contenen a la demanda, és a dir, que:

- un cop van saber que no havien resultat els adjudicataris del concurs s'ha dificultat l'accés a la documentació sol·licitada (al·leguen que quan van rebre l'informe d'adjudicació, només faltaven 10 dies perquè s'escolés el termini per impugnar l'esmentada adjudicació, per la qual cosa entenen que s'ha vulnerat el dret a un procés degut;

- la seva oferta complia les condicions del plec, ja que en aquest no s'establia la necessitat de substituir tots els contenidors, per la qual cosa no s'havia d'haver-la exclòs del procediment;

- no s'ha fet una proposta d'adjudicació per la mesa, sinó pels caps d'Àrea d'Higiene Pública dels Comuns X i Y, amb cita de la sentència d'aqueix Tribunal Superior 54/2008, del 21 de juliol;

- no procedeix que l'Administració esmeni d'ofici errors de l'oferta guanyadora;

- l'acord d'adjudicació no està motivat.

Les societats han confirmat els seus arguments en el seu escrit de conclusions de data 30 d'abril de 2018.

4.- En la seva contesta de data 19 de març de 2018, el Comú X estima en substància que:

- els agents no van esgotar el termini del què disposaven per interposar el recurs administratiu, la qual cosa demostra que no s'ha produït cap indefensió pel possible retard en el lliurament de la documentació;

- l'oferta dels agents no incloïa el subministrament del tipus i la quantitat de contenidors nous especificats al plec de bases per la

parròquia Y, que eren diferents dels que en aquell moment hi havia (propietat d'una de les empreses agents);

- l'error material entre les quantitats que es corresponen al lot 1 i al 2 (estaven invertides), era clarament un error. Endemés, la suma de l'import del preu anual d'ambdós no variava;

- l'acord d'adjudicació estava convenientment motivat.

El Comú X va confirmar els seus arguments en el seu escrit de conclusions de data 19 de març de 2018.

5.- Per la seva part, el Comú Y va presentar el seu escrit d'oposició al recurs d'apel·lació un cop transcorregut el termini atorgat.

L'escrit de conclusions es va presentar el 2 de maig.

6.- A l'últim, l'empresa C, SA es va oposar a l'apel·lació al·legant que:

- els agents van interposar el seu recurs quan encara restaven 10 dies del termini per fer-ho, la qual cosa demostra que cap indefensió se'ls va causar;

- els recurrents no neguen que en la reunió tècnica del 21 d'octubre de 2016 es va informar que tots els contenidors de la parròquia Y havien de ser tots nous i s'havien de col·locar a l'inici del contracte;

- la proposta d'adjudicació sí existeix, i es va realitzar un estudi, anàlisi i comparativa d'ofertes a l'informe del 14 de novembre de 2016, i que, en qualsevol cas, el possible defecte de forma ha de quedar subsanat en aplicació de l'article 36 del Codi de l'Administració;

- l'errada en la identificació de l'oferta del lot 1 i 2 era evident i, a més, fou irrellevant per la decisió de l'adjudicació, ja que l'adjudicació no es va fer per lots sinó per un preu global.

A l'escrit de conclusions, presentat el 2 de maig de 2018, es van confirmar aquestes al·legacions.

7.- Trameses les actuacions a aquesta Sala, s'ha designat la magistrada 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.- Pel que fa l'al·legació sobre el lliurament de forma tardana de la còpia de l'expedient administratiu del concurs en qüestió, cal tenir en compte que els membres de l'UTE, ara part agent, el 5-12-2016 sol·liciten davant del Comú X còpia de l'informe de l'adjudicació i documentació en que es basa la valoració o possible exclusió, còpia que es va lliurar el 27-12-2016, quan el termini finalitzava el dia 9 de gener de 2017, per la qual cosa és evident que els agents van patir una reducció sensible del temps per interposar el seu recurs administratiu.

Ara bé, no es pot compartir que aquesta reducció els hi hagi comportat una limitació del seu dret de defensa per dos motius, tots dos esmentats a la sentència del Tribunal de Batlles: d'una banda, el recurs es va interposar el 30 de desembre, és a dir, quan encara disposaven de 10 dies del termini, i d'altre, perquè les al·legacions formulades en via administrativa coincideixen amb les plantejades a la demanda, és a dir, tot i disposar de més temps, la línia de defensa no va variar.

D'això se'n dedueix, sense cap mena de dubte, que els agents no han patit cap limitació al seu dret de defensa.

Tercer.- També al·leguen els agents que la seva oferta complia les condicions del plec, ja que en aquest no s'establia la necessitat de substituir tots els contenidors, per la qual cosa no s'havia d'haver-la exclòs del procediment. Tanmateix, tampoc aquesta al·legació pot ser acollida.

Cal recordar que l'article 3.1 del plec de clàusules tècniques particulars estableix:

"Els contenidors preexistents al moment de l'inici del contracte són els especificats al plec i als seus annexos, sense perjudici que el licitador pugui oferir un canvi o alternativa de contenidors i/o tipus de recollida en benefici de la millora tècnica o d'eficiència i la reducció dels cost econòmic del servei".

És cert que aquesta redacció no és massa afortunada ja que podria portar a pensar que la substitució dels contenidors existents no és un requisit essencial del plec. Tanmateix, en l'edict de 22 de setembre de 2016 pel qual es convocava el concurs s'anunciava que el dia 21 d'octubre, a les 11.00 h, tindria lloc a la Secretaria General del Comú X una reunió tècnica amb els referits interessats en què es resoldrien les qüestions plantejades (f. 124). I aquesta reunió efectivament es celebrà –dada que els agents no neguen– i van estar presents, entre d'altres, el Sr. E.G., en representació de A, SLU i el Sr. B.A. en representació del negoci "B" (vid. acta de la reunió, f. 126).

Una de les preguntes que van formular les empreses interessades fou: *"Els contenidors han de ser nous?"*, i la resposta que consta en l'acta és que *"En referència al canvi de contenidors per part Y s'aclareix que s'han de canviar tots (386 contenidors) nous. Aquests han de ser els indicats als annexos 8 i 10 del plec de clàusules administratives"*

particulars, indiferentment de la capacitat existent actualment a la via pública” (f. 127).

Cap dubte podien tenir les empreses agents sobre aquesta qüestió.

A més, si el plec no establia la possibilitat que el canvi dels contenidors es fes de forma progressiva, cap licitador podia entendre que això era factible. En definitiva, no hi ha dubte que el canvi dels contenidors era una condició del plec i havia de fer-se a l'inici del contracte, i no de forma progressiva.

D'altra banda, el fet que l'acta de la reunió no estigui signada per tots els assistents, sinó només pels representants comunals, no li resta validesa.

Arribats a aquest punt cal recordar que l'article 8.1 del plec de bases, estableix que *“La manca de qualsevol dels documents sol·licitats és suficient perquè l'oferta sigui refusada. En el cas de documentació administrativa es podrà donar un termini d'un dia hàbil per tal de solucionar errors o manca de documentació. També es podrà refusar en el cas que algun dels documents estigui incomplet”*.

Aquesta previsió és absolutament lògica ja que l'aportació en el termini d'un dia que es pugui donar per subsanar la manca d'aportació de la documentació administrativa, no perjudica als demès licitadors, però no es pot aplicar el mateix criteri per la resta de documentació, com pot ser l'oferta econòmica, ja que en aquest cas sí influeix en la resta de licitadors.

Tampoc pot tenir favorable acollida l'al·legació de que l'Administració ha esmenat d'ofici errors de l'oferta guanyadora, ja que l'acta 30/2016 (f. 131) hi consta:

“El licitant manifesta que a l'hora de transcriure els preus al quadre núm. 2, els preus indicats al Lot 1 de la parròquia X corresponen al Comú Y i viceversa.

Aquesta dada es veu avalada per la documentació econòmica que adjunta i, per tant i en no modificar-se els valors dels imports, la mesa accepta aquest canvi a causa de l'errada tipogràfica detectada. El representant de la UTE A-B es reserva el dret d'efectuar una consulta jurídica al respecte”.

I, com encertadament es recull en la sentència del Tribunal de Batlles, al tractar-se d'un simple error material que no afecta en cap cas el contingut de l'oferta presentada, cap transcendència invalidant es pot atribuir a aquesta errada.

Quart.- A l'últim, les empreses agents al·leguen que no s'ha fet una proposta d'adjudicació per la Mesa, sinó pels caps d'Àrea d'Higiene Pública dels Comuns X i Y, la qual cosa vulnera l'article 20 de la Llei de

Contractació Pública (en endavant LCP), el qual estableix que la Mesa de contractació verifica la documentació presentada, procedeix a obrir les ofertes econòmiques en acte públic, i acorda l'adjudicació provisional del contracte al millor postor.

És cert que aquesta previsió s'estableix pel procediment de subhasta, però els agents entenen que és també d'aplicació al concurs en seguiment de l'establert a l'article 21.5 LCP: *"En allò que no s'ha previst expressament, el concurs es regeix per les normes de la subhasta que hi siguin aplicables per la seva naturalesa."*

La sentència del Tribunal de Batlles, després de fer una anàlisi acurada sobre el precedent normatiu inspirador de la LCP, conclou que la manca de proposta per la mesa de contractació no invalida l'adjudicació.

Tanmateix, cal recordar que l'article 8.5 del Plec –que és la llei del contracte– estableix que la Mesa de contractació sotmet a la consideració del Comú escaient la proposta d'adjudicació corresponent. En altres paraules, es el propi Plec el que estableix la necessitat que la Mesa faci la proposta d'adjudicació.

Arribats a aquest punt, cal recordar que la sentència d'aquest Tribunal 54/2008, del 21 de juliol, així ho va entendre en un supòsit molt similar al que ara ens ocupa:

"Resulta de l'expedient que la Mesa de contractació del Comú no va fer, formalment, una proposta motivada de la Mesa a l'òrgan de contractació, qui va resoldre el concurs directament, tenint en compte, però, sengles informes amb proposta elaborats pel Cap de Comunicació del Comú i per la Interventora General, que formaven part de la Mesa, juntament amb el Cònsol Major i el Secretari General."

La sentència considera que la manca d'un informe-proposta confeccionat conjuntament o signat pels quatre membres de la Mesa no constitueix una anomalia important ja que es pot presumir que si els dos que es van redactar es van elevar, en el seu moment, al ple del Consell de Comú era per què comptaven amb el suport dels demés membres de la Mesa i que en qualsevol cas no es pot pensar raonablement que la decisió hauria estat diferent si l'Administració hagués respectat aquelles formalitats."

És cert que l'article 36 del Codi de l'Administració, que cita la sentència, permet salvar els defectes eventualment invalidants dels actes administratius quan aquests han estat dictats amb omissió de formalitats i partint d'aquest plantejament indica el precepte que l'acte serà anul·lat quan hom pugui pensar raonablement que la decisió hauria pogut ésser diferent si l'Administració hagués respectat aquelles formalitats, que en el cas serien la manca de proposició de la Mesa a l'òrgan de contractació."

Tanmateix, l'actuació que se'ns sotmet a consideració va més enllà de una mera omissió de formalitats i posa en joc regles essencials en la formació de la voluntat administrativa, que en matèria de contractació com la que ara analitzem s'estructura en una doble fase: la proposta de la mesa i la decisió de l'òrgan de contractació."

La Llei de la contractació pública al explicar -article 20- les funcions de la mesa, indica que aquesta acorda l'adjudicació provisional, que serà, o no, confirmada per l'òrgan de contractació. En termes similars, la clàusula XIX del Plec de condicions econòmico-administratives que regeixen el concurs, diu que "amb posterioritat a l'obertura d'ofertes, la Mesa de Contractació, un cop estudiat el contingut de les mateixes, i després de sol·licitar -si s'escau- els informes tècnics que considerés necessaris, efectuarà motivadament la proposta d'adjudicació del contracte" per tal que l'òrgan de contractació, en els termes que explica la clàusula XX, dicti la resolució adjudicant el contracte.

La mesa actua, per tant, col·legiadament i amb subjecció a les garanties que preveu l'article 37.6 del Codi de l'Administració, que obliga als òrgans col·legials a aixecar un acta escrita de cada sessió, que expressarà almenys les decisions adoptades i les votacions a que han donat lloc i en definitiva, expressarà quina és la voluntat de la mesa.

En el cas, els mecanismes i garanties exposats no han estat seguits per que la Mesa, com a tal Mesa, no ha elaborat la proposta d'adjudicació del contracte, i el fet que dos membres de la Mesa hagin emès informes i efectuat propostes d'adjudicació o que el Consell de Comú hagi adoptat el seu acord a proposta del conseller president de la Mesa no sanen el defecte exposat, que no constitueix una mera irregularitat neutralitzable per la via de l'article 36 del Codi sinó un veritable defecte invalidador de la decisió comunal posterior per vulnerar les regles que disciplinen el procediment al que se sotmet la formació de la voluntat administrativa.

En conseqüència, procedeix estimar parcialment el recurs i revocar la sentència, amb anul·lació, al seu torn, de l'acte recorregut i amb la conseqüència de que el Comú Z haurà de requerir a la Mesa de contractació per què com a tal Mesa, efectui motivadament la proposta d'adjudicació del contracte a favor del licitador que, en conjunt, hagi fet la proposició més avantatjosa."

En aplicació de la sentència citada, cal estimar en aquest punt el recurs, i anul·lar l'acte recorregut per tal que, amb retroacció de les actuacions, la Mesa faci una proposta d'adjudicació.

Cinquè.- 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 parcialment el recurs d'apel·lació presentat per A, SLU i B, i revocar la sentència del Tribunal de Batlles del 4 de desembre de 2017, i acordar la nul·litat de l'acte recorregut únicament pel que fa la necessitat que sigui la Mesa de Contractació qui faci la proposta d'adjudicació, desestimant el recurs en tot el demès.

Segon.- 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.