

Núm. de Protocol: 2000067/2013
Núm. de Rotlle: TSJA-0000084/2017

SENTÈNCIA 23-2018

PARTS:

Apel·lant: A SL

Representant: Sra. A.H.D.
Advocada: Sra. L.L.A.

Apel·lant: B SAU

Representant: Sra. E.C.C.
Advocat: Sr. G.O.S.

Apel·lant: GOVERN D'ANDORRA

Representant: Sr. C.P.S.
Advocat: Sr. J.C.R.R.

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, setze de març del dos mil divuit.

El Tribunal Superior de Justícia, Sala Administrativa, ha vist el recurs d'apel·lació a les actuacions número **2000067/2013**.

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.- Les societats A SL i B SAU van interposar demanda jurisdiccional contra la resolució del Govern del 19 de juny del 2013 que venia a desestimar la sol·licitud mitjançant la qual es reclamava una indemnització per import de 980.584,44 €.

2.- En la sentència del 18 de juliol del 2017 el Tribunal de Batlles ha condemnat el Govern a indemnitzar a les precitades societats en un import agregat de 479.504,05 €.

3.- En el seu escrit d'apel·lació de data 23 d'octubre del 2017, el Govern estima en substància, d'una banda, que s'ha d'inadmetre la demanda perquè no s'hauria exhaurit la via administrativa (la resolució del 19 de juny del 2013 contenia una indicació errònia de les vies de recurs) i, d'altra banda, sobre el fons, que:

- els efectes de l'adjudicació del concurs van quedar suspesos a partir del dia 11 de juliol del 2012 i en la suspensió constava expressament que la concessió restarà pendent en tot cas del resultat de l'informe tècnic complementari encomanat als tècnics francesos (pàgina 12 de l'escrit);

- és improcedent cap indemnització en concepte de lucre cessant.

En la seva contesta de data 24 de novembre del 2017 als recursos formulats de contrari, el Govern estima en substància:

- procedeix la inadmissió de la demanda;

- el desistiment de l'adjudicatària del recurs contra la revocació de l'adjudicació suposa una renúncia a tots els drets derivats de l'adjudicació del concurs;

- la inexistència en el moment de la revocació de l'adjudicació d'una infraestructura operativa de l'Heliport Nacional, generadora d'ingressos d'explotació exclou, en qualsevol cas, la indemnització per lucre cessant (pàgina 3 de l'escrit);

- és improcedent l'abonament de cap suma en concepte d'honoraris de lletrat;

- pel que fa a les despeses d'arquitecte, les despeses de preparació de l'oferta van a càrrec dels licitants: per la resta de treballs, manca la prova que va a càrrec de les empreses integrants de la UTE adjudicatària (pàgina 7 de l'escrit);

- pel que fa a la factura de A SL, s'ha de desestimar aquesta partida de la reclamació de l'adjudicatària;

- la part agent ha formulat la pretensió de lucre cessant per primera vegada en seu jurisdiccional i no en fase administrativa; la pèrdua de beneficis per l'adjudicatària és una mera hipòtesi (pàgina 14 de l'escrit);

En el seu escrit de conclusions de data 18 de gener del 2018, el Govern estima en substància:

- l'absència o irregularitat de la indicació de les vies de recurs mai pot comportar la convalidació d'utilització d'una via incorrecta;

- el desistiment de l'adjudicatària del recurs contra la revocació de l'adjudicació suposa una renúncia a tots els drets derivats de l'adjudicació del concurs;

- pel que fa a la reclamació de la UTE B-A: tractant-se d'una adjudicació del concurs regular, l'Administració contractant no ha d'assumir les despeses d'elaboració de la proposta;
- no procedeix cap indemnització, tampoc en concepte de lucre cessant.

4.- En el seu escrit d'apel·lació de data 23 d'octubre del 2017, la societat B SAU estima en substància que s'ha d'incloure en el marc de la indemnització a percebre, tant les factures d'advocat reclamades en la demanda com els honoraris íntegres de l'arquitecte, així com determinar la idoneïtat del lucre cessant en funció dels paràmetres continguts al *petitum* de la demanda.

En la seva contesta a l'apel·lació de la societat A SL, de data 23 de novembre del 2017, la societat precisa que les societats B SAU i A SL han constituït una UTE i resulta anormal que es facturi a l'altre membre de la UTE (pàgina 2 de l'escrit).

En la seva contesta al recurs del Govern, la societat B SAU estima en substància:

- sobre la factura de A, *"efectivament aquesta part ja ha manifestat que existeix un error respecte al destinatari (client) de la factura, que no és altre que l'altre membre de la UTE (B SA)"* (pàgina 6 de l'escrit);
- s'ha d'acceptar la factura de R SLU;
- sobre el lucre cessant, *"la part agent tenia un negoci, valorat i determinat per una oferta econòmica presentada davant Govern i que formava part de l'oferta guanyadora, l'únic que pot compartir aquesta part amb l'adversa és el reconeixement exprés que l'obra no s'havia executat"* (pàgines 8 i 9 de l'escrit).

En seu escrit de conclusions del 12 de gener del 2018, la societat precisa:

- les despeses d'advocat són un dany causat directament per l'actuació de l'Administració;
- en quant a la factura generada per la societat A SL, de cap manera pot ni ha de ser facturada a l'altre membre de la UTE;
- en quant als honoraris d'arquitecte, la factura s'ha pagat de forma fraccionada com la major part de les factures existents;
- en quant al lucre cessant, hi havia una perspectiva de negoci més que evident.

5.- En el seu escrit d'apel·lació de data 24 d'octubre del 2017, la societat A SL estima en substància:

- l'import en concepte de "reunión con bufete de abogados" ha de ser 11.050 €;

- demana la condemna al Govern de la quantitat de 64.119.031 € en concepte de lucre cessant.

En la seva contesta de data 24 de novembre del 2017 als recursos formulats de contrari, la societat estima en substància:

- que entre la societat B SAU i A SL no ha existit mai una UTE;

En el seu escrit de conclusions del 16 de gener del 2018, la societat precisa:

- és del tot lògic que la societat A SL facturés a la societat B SA la quantitat de 262.900 €;

- demana la condemna al Govern de la quantitat de 64.119.031 € en concepte de lucre cessant;

- demana la condemna al pagament de les costes processals.

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.- 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.- Prèviament, s'ha de presentar un breu resum dels fets:

1.- Per edicte de data 25 de gener del 2012 es convoca un concurs per la concessió administrativa de la gestió de les línies de vol regular internacionals i construcció i gestió indirecta del servei públic de l'Heliport Nacional d'Andorra (HNA): foli 254.

2.- Per edicte del 6 de juny del 2012 es fa pública l'adjudicació: "identitat de l'adjudicatari: "B SA-A SL" (foli 255).

3.- Per carta de data 12 de juliol del 2012, el Govern informa l'UTE B SA - A SL dels punt següents:

"El Govern d'Andorra, en la sessió celebrada ahir, dia 11 de juliol, de procedir a la realització d'un nou informe tècnic, realitzat per experts

independents, per tal d'avaluar la viabilitat que presenta el terreny que ha d'ésser destinat a la construcció de l'Heliport Nacional d'Andorra (...)"

"En conseqüència, us comunica que la signatura del contracte de concessió administrativa de la gestió de les línies de vol regular internacionals i de construcció i gestió indirecta del servei públic de l'Heliport Nacional (HNA) queda suspesa i condicionada a la realització i al resultat del referit informe" (foli 954).

4.- Per edicte de data 5 de desembre del 2012 es revoca l'adjudicació definitiva de la concessió administrativa, pels motius següents: *"Atès que amb posterioritat a l'adjudicació de la concessió administrativa de la gestió de les línies de vol regular internacionals i construcció i gestió indirecta del servei públic de l'Heliport Nacional d'Andorra, s'ha constatat que l'entorn físic del Roc del Patapou fa molt difícil la implementació d'un sistema d'aproximacions IFR en la forma i terminis previstos en el plec de bases del concurs; i que, en qualsevol cas, les característiques del servei adjudicat no garanteixen la regularitat dels vols"* (foli 256).

5.- En data 24 de desembre del 2012, el *"Sr J.B.L., actuant com a representant de la UTE formada per les societats B SA i A SL (...)* formulo recurs de reposició contra l'acte administratiu consistent en la revocació de l'adjudicació definitiva de la concessió administrativa (...)" (foli 249).

Per escrit de data 19 de març del 2013, la UTE *"formula desistiment del recurs de reposició interposat en data 24 de desembre de 2012"* (foli 58).

Per resolució de data 20 de març del 2013, el Govern acorda: *"declarar clos el procediment administratiu instat pel Sr. J.B.L., en nom de la UTE formada per les societats B SA i A SL"* (foli 60).

6.- En data 19 de març del 2013, el *"Sr J.B.L., actuant com a representant de la UTE formada per les societats B SA i A SL (...)* sol·licito l'abonament de la totalitat de les despeses i perjudicis (inclosos els interessos) derivats del concurs públic d'adjudicació, mitjançant concessió administrativa, de la gestió de línies de vol regular internacionals i construcció i gestió indirecta del servei públic de l'Heliport Nacional d'Andorra (HNA), posteriorment anul·lat" (foli 38).

Per resolució de data 19 de juny del 2013, el Govern ha desestimat la sol·licitud i precisa *"aquesta resolució esgota la via administrativa (...)* contra aquesta resolució pot interposar-se demanda davant la secció administrativa de la Batllia d'Andorra" (foli 43).

En data 8 de juliol del 2013, la *"societat mercantil andorrana B SA i la societat mercantil espanyola A SL "han presentant un recurs jurisdiccional davant la Batllia. La demanda -es: admetin el present escrit de reclamació de les despeses causades per la concessió i ulterior revocació del concurs públic d'adjudicació (...) ascendents a la suma de 980.584,44 euros (...) el lucre cessant per import a determinar, però que podria arribar fins a la xifra màxima de 64.119.031,44 euros establerta en l'oferta presentada i que fou*

l'adjudicatària (...) les despeses judicials causades amb la present demandada" (folis 21 i 22).

Tercer.- Sobre el procediment

El Govern demana la inadmissió de la demanda pel motiu de que no s'hauria exhaurit la via administrativa.

Però, en la resolució de data 19 de juny del 2013 el Govern precisa: *"aquesta resolució esgota la via administrativa (...) contra aquesta resolució pot interposar-se demanda davant la secció administrativa de la Batllia d'Andorra"* (foli 43). Per tant, les demandants obraren induïdes per les indicacions del Govern. El respecte als principis del procediment és important en principi, però en aquest cas s'ha de permetre als interessats d'exercir el dret a la jurisdicció previst per l'article 10 de la Constitució.

La sentència de primera instància s'ha de confirmar sobre aquest punt.

Quart.- Anàlisi del litigi

Resulta dels principis generals del dret administratiu que les Administracions tenen el poder de pronunciar la resolució d'un contracte de concessió per raons d'interès general. Però, en aquesta hipòtesis s'ha d'efectuar la liquidació del contracte i, particularment, el reconeixement del dret a la indemnització de l'adjudicatari:

"4. En els supòsits de resolució sense culpa de l'adjudicatari, de rescat i de supressió, aquest té dret a la indemnització corresponent." (Article 41 de la Llei de la contractació pública).

En aquest cas, el Govern tenia la competència per pronunciar la revocació de la concessió pels motius d'interès general inclosos en la resolució del 5 de desembre del 2012 (v. més amunt, Fonament de dret Segon-4). Es pot subratllar que aquesta resolució és ferma, atès el desistiment de les societats (v. més amunt, fonament de dret Segon-5).

Per tant, el litigi versa sobre l'avaluació de "la indemnització corresponent".

Cinquè.- Sobre la factura d'honoraris de la representació lletrada per un import de 128.611,24 €.

La societat B SAU estima en el seu escrit d'apel·lació de data 23 d'octubre del 2017 (pàgina 2 de l'escrit) que *"és al mes d'octubre de l'any 2012 que s'inicien diversos procediments administratius contra la decisió de GOVERN. En tots els procediments apareixen com a agents, o bé el Comú d'Andorra, o bé, els germans A.C. i el Sr B., i com a defenents el Govern d'Andorra per l'acte administratiu impugnat i la UTE, formada per B SAU i A SL"*.

Resulta clarament d'aquest escrit que aquestes despeses no estan vinculades a la revocació de la concessió, atès que els plets foren instats amb anterioritat a la revocació. Es pot remarcar que l'altre membre de la UTE, la societat A SL no ha demanat el reemborsament d'aquesta despeses.

Per conseqüent, la factura d'honoraris no és una despesa provocada per la revocació de l'adjudicació.

Sisè.- Sobre la factura emesa per la societat A SL a la societat B SA, per un import de 262.990 €.

La societat A SL justifica la seva pretensió pels motius següents:

"(...) entre la societat B SA i A SL no ha existit mai formalment una Unió Temporal d'Empreses (...)" (pàgina 4 de l'escrit de data 25 de novembre del 2017).

Aquesta afirmació és contradita per la societat B SA:

"(...) A va comparèixer en els presents autes expressant directament i amb claredat inqüestionable, l'existència d'una UTE i les proporcions de participació de cada part en la mateixa (...) i cal concloure en definitivament que de cap manera pot hi ha de ser facturada a l'altre membre de la UTE, doncs forma part de les responsabilitats compartides dels diferents membres de la UTE no podent-se facturar entre ells, doncs efectivament un no és client de l'altre, en el cas d'autes, sinó socis en el projecte"(pàgines 2 i 3 de l'escrit de data 12 de gener del 2018).

Efectivament, la realitat de la UTE és inqüestionable:

- L'edicte del 5 de desembre del 2012 es refereix a "la UTE B-A" (foli 256).

- En data 24 de desembre del 2012, el "Sr J.B.L., **actuant com a representant de la UTE formada per les societats B SA i A SL (...)** formulo recurs de reposició contra l'acte administratiu consistent en la revocació de l'adjudicació definitiva de la concessió administrativa (...)" (foli 249). La negreta és nostra.

- En data 19 de març del 2013, el "Sr J.B.L., **actuant com a representant de la UTE formada per les societats B SA i A SL (...)** sol·licito l'abonament de la totalitat de les despeses i perjudicis (inclosos els interessos) derivats del concurs públic d'adjudicació, mitjançant concessió administrativa, de la gestió de línies de vol regular internacionals i construcció i gestió indirecta del servei públic de l'Heliport Nacional d'Andorra (HNA), posteriorment anul·lat" (foli 38). La negreta és nostra.

Per tant, la societat A no pot demanar el reemborsament d'aquesta suma al Govern: és en el marc de les relacions internes de la UTE en que s'han de realitzar les compensacions escaients.

La sentència recorreguda s'ha de revocar sobre aquest punt.

Setè.- Sobre els honoraris meritats pels treballs d'arquitectura.

Les societats han presentat una factura per un import de 175.871,38 € (folis 163 i 164).

A l'hora de valorar aquests honoraris, el Tribunal de Batlles ha nomenat com a perit al Sr. A.M.S. El dictamen pericial és datat del 13 de març del 2015 (folis 380-781) i un complement l'acompanya de data 13 d'abril del 2017 (folis 998-1017).

Com ho reté la sentència de primera instància (fonament de dret Vuitè), aquest dictamen *“entra a detallar minuciosament el conjunt de documentació que havent estat aportada”*.

Les societats han presentat dos documents :

1) “PRECONTRACTE-CONVENI D'ENCARRER PROFESSIONAL” per un import de 5.636.903,15 € (foli 323); aquest document precisa (foli 323, revers):

“INCLOU: ESTAT D'AMIDAMENTS

NO INCLOU: Els Enginyer, projecte d'estructura i projecte d'instal·lacions, aixecament topogràfic, estudi geotècnic, estudi d'allaus, estudi hidrològic torren”

2) FACTURA D'HONORARIS DE PROJECTE, n° 20120022

“Valoració de l'obra: 5.636.903,15 €

Honoraris de projecte i gestió 3 %: 169.107,09 €

Impost Servei Indirecte 4 %: 6.764.28 €

Total: 175.871,38 €

INCLOU: TOTA LA DOCUMENTACIO TÈCNICA I PLÀNOLS DEL PROJECTE”

El perit subratlla que les notes dels dos documents són “contradictòries” (foli 475). El perit es refereix, de manera lògica, a la factura n° 20120022 *“tenint en compte que (...) els treballs consisteixen en total la documentació tècnica i plànols del projecte”* i conclou: *“El cost dels treballs efectivament realitzats segons els paràmetres de la professió d'arquitecte, vigents al Principat d'Andorra, és de 59.687,4 €”* (folis 477 i 687).

En el dictamen complementari de data 13 d'abril del 2017, el perit escriu: *"Considerant que la redacció de l'avantprojecte era implícita al "concurs", tal com hem analitzat en apartats anteriors, s'haurà de descomptar aquestes "fases de treballs" dels honoraris"* (foli 1013).

Quadre de la pàgina 16 del dictamen complementari (foli 1013):

"Cost dels treballs: 59.687,99 €

(A descomptar l'avantprojecte G - 22501,50 €

(A descomptar Estudis previs obra civil/arquitectura - 4.423,89 €

(A descomptar l'avantprojecte obra civil/arquitectura - 16.496,61 €

Total cost treballs sense avantprojecte: 16.265,99 €"

La societat no aporta cap element probatori concret: *"Així doncs, aquest informe valora una actuació professional sense informació de primera mà, sense contrarestar, amb la part directament implicada. Per tant, la imparcialitat d'aquesta pericial resta qüestionada"* (pàgina 7 de l'escrit del 23 de novembre del 2017). Però, es pot remarcar la convocatòria del lletrat de la societat B *"per escoltar les observacions que interessin i així poder esser consignades en l'informe pericial, tal com se'm demana"* (foli 488, email del 19 de setembre del 2014). Per tant, la societat ha pogut presentar els seus arguments davant el perit.

Atès que les despeses de preparació de l'oferta van a càrrec dels licitants, les despeses que s'han de reemborsar són d'un import de 16.265,99 € i la sentència s'ha de reformar sobre aquest punt.

Vuitè.- Altres despeses.

Les despeses de preparació de l'oferta van a càrrec dels licitants.

Per tant, s'han d'incloure dins de la indemnització a satisfer a les societats demandants:

Factura del 12 de desembre del 2012 (foli 167): 43.004,00 €

Factura del 30 d'octubre del 2012 (foli 162): 36.852,40 €

Factura del 26 d'octubre del 2012 (foli 161): 11.648,00 €

Factura del 5 de desembre del 2012 (foli 160): 15.017,60 €

Factura del 4 d'octubre del 2012 (foli 159): 4.026,88 €

Factura del 9 de juliol del 2012 (foli 158): 8.320,00 €

Factura del 31 de juliol del 2012 (foli 157): 2.990,00 €

Factura del 29 de juliol del 2012 (foli 156): 2.810,00 €

Factura del 2 de juliol del 2012 (foli 155): 416,00 €

Factura del 2 de juliol del 2012 (foli 154) : 1.248,00 €

Factura del 30 de juliol del 2012 (foli 153) : 2.600 €

Factura del 24 de setembre del 2012 (foli 152): 1.664,00 €

Total : 130.596,88 €

Aquestes despeses no són discutides específicament per part del Govern.

Novè.- Sobre la reclamació per lucre cessant

La indemnització del lucre cessant es troba justificada si existeix una perspectiva seriosa de pèrdua de beneficis per l'explotació del servei concedit.

En aquest cas, la demanda ha de ser desestimada, per motius de forma i de fons.

1) Sobre el procediment

En el marc del procediment administratiu, les societats demandants no han avaluat expressament un import per la indemnització del lucre cessant: *"(...) i en cas d'oposició de l'administració a l'abonament de la reclamació efectuada, tenir per efectuada expressa reserva de reclamació tant de les esmentades despeses com del lucre cessant caudada per la pèrdua de negoci"* (foli 42, escrit del 19 de març del 2013). En conseqüència, no es va esgotar adequadament la via administrativa.

2) Sobre el fons

Resulta clarament de l'examen dels autes que, en aquest cas, les perspectives de negoci eren purament hipotètiques:

En data 12 de juliol del 2012, és a dir pocs dies després de l'adjudicació (el 6 de juny del 2012), el Govern ha informat a les societats de la suspensió de la signatura del contracte (v. més amunt, Fonament de Dret Segon-3).

En conseqüència, no s'havia iniciat cap mena d'obra per la realització de l'heliport nacional. És a dir, que el negoci encara no era existent.

A més, el risc de que el servei no podria funcionar estava clarament mencionat en la carta del 12 de juliol del 2012: *"Amb aquesta iniciativa, el Govern pretén esvair qualsevol dubte sobre el nivell de risc que presenta la zona en relació a la seguretat de les persones, tant des del punt de vista aeronàutic com dels riscos naturals inherents a l'emplaçament d'aquesta infraestructura"* (foli 954).

S'ha de subratllar la importància de les qüestions relatives a la seguretat.

Desè.- No s'aprecien circumstàncies determinants d'una especial condemna al pagament de les despeses d'aquesta segona instància. En efecte, no es pot constatar una temeritat o una mala fe en la presentació dels recursos.

DECISIÓ

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

Primer.- Estimar parcialment el recurs d'apel·lació presentat pel Govern.

Segon.- Desestimar els recursos presentats per les societats A SL i B SAU.

Tercer.- Revocar parcialment la sentència dictada pel Tribunal de Batlles, secció administrativa, de data 18 de juliol del 2017 en els autes de referència, en el sentit de condemnar al Govern a indemnitzar a les societats defenents en un import agregat de **cent quaranta-sis mil vuit-cents seixanta-dos euros amb vuitanta-set cèntims d'euro (146.862,87€)**.

Quart.- 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.