

Núm. de Protocol: 1000095/2016
Núm. de Rotlle: TSJA-0000073/2017

SENTÈNCIA 30-2018

PARTS:

Apel·lant: A SA

Representant: Sr. B.A.A.
Advocat: Sr. J.M.C.G.

Apel·lat: GOVERN D'ANDORRA

Representant: Sr. C.P.S.
Advocat: Sra. M.A.B.D.D.

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-i-dos de març de dos mil divuit.

El Tribunal Superior de Justícia, Sala Administrativa, ha vist el recurs d'apel·lació a les actuacions número 1000095/2016.

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 A SA va interposar demanda contra el GOVERN, en què sol·licitava que s'anul·lés l'edicta d'1 de juny de 2016, pel qual es convocava un concurs per a la concessió de les línies del transport nacional regular de viatgers, i el seu plec de bases, així com la resolució de 14 de setembre de 2016, que va desestimar el recurs formulat contra l'anterior.

La sentència de la Secció Administrativa del Tribunal de Batlles d'1 de juny de 2017 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 al·legacions:

a) El plec de bases té contingut substantiu propi i pot ser objecte de recurs, encara que es consideri com un acte de tràmit, ja que, en cas contrari, seria impossible impugnar-lo posteriorment, atès que això aniria contra els actes propis del recurrent, que l'hauria acceptat en participar en el concurs.

b) L'apartat 9.8 de les bases de la convocatòria preveu la coexistència de les noves concessions amb les situacions preexistents, durant un període indeterminat, el que comporta que no es pugui realitzar una oferta rigorosa que asseguri l'equilibri econòmic-financer de la concessió.

c) La regulació de les tarifes també és indeterminada, ja que es diu que s'aplicaran inicialment les que estan publicades a la data de la convocatòria, però, de fet, existeixen tarifes diferents per a les diverses companyies, en relació a serveis essencials com són la tarja magna i la tarja blava.

d) El lot 3, relatiu als serveis de la vall de la Valira del nord, tal com s'ha configurat, és inviable econòmicament i, de fet, no existeix cap estudi tècnic en l'expedient que justifiqui la seva viabilitat.

e) La incertesa derivada de les circumstàncies anteriors fa convenient, i fins i tot necessari, que es puguin presentar diverses ofertes al concurs, cosa que no permet la convocatòria.

f) La sentència no dona resposta al motiu d'impugnació relatiu a la improcedència de que el concessionari hagi d'assumir qualsevol fiscalitat aplicable en el futur, sense ser compensat per part de l'Administració.

g) La plataforma gestora que preveu l'apartat 8 de les bases és contrària a dret, ja que, a manca d'acord entre els concessionaris, es preveu la constitució d'una empresa pública que hauria de ser creada per llei, i que, a més, incideix en les competències atribuïdes al Govern i als Comuns en matèria de transport.

3.- La representació del GOVERN s'ha oposat al recurs i ha sol·licitat que es confirmi íntegrament la sentència apel·lada, que considera plenament ajustada a dret.

4.- 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 al·legacions 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.- *Sobre la impugnabilitat del plec de bases del concurs*

La primera qüestió que es planteja en aquest recurs té per objecte determinar si és impugnable la convocatòria d'un concurs i el seu plec de bases i, en cas afirmatiu, l'abast que pot tenir aquesta impugnació.

Sobre aquest punt, la sentència apel·lada ha considerat que la demanda es dirigeix contra un acte de tràmit, de manera que només es poden fer valer aquells motius d'impugnació que hagin produït indefensió a la recurrent, citant a l'efecte l'article 8 de la Llei de la Jurisdicció administrativa i fiscal.

En un sentit exclusivament processal, és cert que la convocatòria és un acte de tràmit, ja que inicia el procediment de contractació que serà resolt finalment amb l'acord d'adjudicació. Ara bé, no es pot oblidar que la convocatòria inclou els plecs de clàusules administratives i tècniques, els quals constitueixen, com s'ha dit reiteradament, la *lex contractus*, ja que vinculen tant l'Administració com els licitadors, i d'acord amb els quals s'ha de fer l'adjudicació i s'ha de regir, posteriorment, el contracte.

Aquesta especial característica dels plecs de clàusules determina que hagin de ser considerats com uns actes de tràmit qualificats, que tenen una substantivitat pròpia, i que, en conseqüència, són susceptibles de recurs en via administrativa i jurisdiccional sense limitacions. En primer lloc, perquè els interessats han de poder impugnar aquelles clàusules que consideren contràries a dret i que els perjudiquen a l'hora de formular les seves ofertes, ja que, d'altra manera, el procediment de lliure concurrència estaria viciat des de l'origen. En segon lloc, perquè la participació en la licitació sense impugnar les bases es podria considerar com una acceptació incondicionada de les mateixes, per la força vinculant que despleguen sobre els participants.

En conseqüència, s'ha de concloure que són admissibles tots els motius d'impugnació que articula la part agent, sense que procedeixi limitar-los als que li han causat indefensió. S'han d'examinar, doncs, en aquesta instància els diversos arguments del recurs, sense que procedeixi retrotraure les actuacions per tal que la Batllia es pronunciï sobre aquells que ha considerat inadmissibles.

Tercer.- *Sobre l'exclusivitat de les adjudicacions*

La recurrent denuncia que el plec de bases no concreta la durada de la situació de convivència de les noves adjudicacions amb les situacions preexistents, cosa que impedeix formular una oferta rigorosa i aboca al futur adjudicatari al trencament de l'equilibri econòmic financer.

Respecte d'aquest motiu d'impugnació, com també dels que seguiran, s'ha de remarcar que els principis de publicitat i concurrència que

presideixen la contractació administrativa obliguen a determinar amb precisió els elements essencials del contracte, de manera que tots els licitadors puguin conèixer amb exactitud el seu abast i puguin concórrer en igualtat de condicions.

En aquest cas, el plec presenta una gran indeterminació respecte de la durada de les autoritzacions i els contractes vigents. S'ha de partir de la disposició transitòria 4^a de la Llei 4/2015, de 15 de gener, dels transports per carretera, la qual estableix que:

“2. Les empreses que actualment són explotadores de concessions o autoritzacions administratives han de continuar donant el servei amb la mateixa qualitat fins que entrin en servei, una vegada adjudicades, les noves concessions o autoritzacions administratives”.

Tanmateix, la clàusula 9.8 del plec de bases preveu la continuïtat de l'explotació per part de l'empresa que explota el Bus lliure, i que els usuaris de la tarja magna i de la tarja blava podran utilitzar les línies derivades de l'adjudicació dels lots del concurs, mentre els contractes actuals estiguin vigents.

En conseqüència, a més de la contradicció existent entre l'esmentada clàusula i la previsió legal precitada, el cert és que el plec de bases no determina la durada d'aquesta situació de coexistència de les noves adjudicacions amb els contractes anteriors, cosa que impedeix formular una oferta amb ple coneixement de causa.

El fet que la recurrent sigui una de les empreses que exploten els serveis anteriors no modifica l'anterior conclusió, ja que, tot i que és cert que coneix els detalls relatius a ella mateixa, la indeterminació sobre aquest punt afecta al conjunt dels licitadors i incideix negativament en el principi de lliure concurrència.

En conseqüència, procedeix anul·lar la clàusula 9.8 del plec de bases.

Quart.- Sobre la indeterminació de les tarifes

És ben evident que la fixació de les tarifes és un dels elements essencials del contracte, ja que constitueixen la remuneració del concessionari, i els licitadors han de conèixer amb la suficient precisió aquesta dada, de la qual depèn el seu pla de viabilitat econòmic financer.

L'apartat 9.7 del plec de bases presenta una primera indeterminació, ja que, en primer lloc, afirma que les tarifes seran fixades pel Govern i publicades al BOPA, sense major especificació, per afirmar a continuació que les tarifes actuals són les tarifes vigents publicades al BOPA.

Com afirma la recurrent, es planteja el dubte de si les tarifes actuals (quan es publica la convocatòria) i les inicials de la concessió són les mateixes o no. Ara bé, aquesta aparent dicotomia es pot resoldre en el sentit de que les tarifes inicials de la concessió seran les mateixes que estaven vigents en el moment de la convocatòria, com ha afirmat el Govern.

Ara bé, aquesta precisió no fa desaparèixer la indeterminació que presenta el plec de bases. En efecte, com resulta de les actuacions, no existeixen unes úniques tarifes, almenys respecte dels serveis de tarja

magna i tarja blava, sinó que aquestes són diferents per a cadascuna de les empreses que actualment presten el servei.

En conseqüència, és evident que els licitadors no poden conèixer quines seran les tarifes inicials aplicables, quan el plec es remet a les vigents en la data de la convocatòria, però aquestes resulten ser divergents respecte de cadascun dels operadors actuals.

Davant de les sol·licituds d'informació adreçades a l'Administració, aquesta va respondre al peticionari que "*hauràs d'agafar el preu que, per sentit comú, et sembli millor*", afirmació que posa de relleu la indefinició del plec de bases sobre aquesta qüestió. Ara be, com abans s'ha dit, la fixació de les tarifes és un dels elements essencials del contracte i s'ha d'establir amb precisió, ja que només així es pot presentar un pla econòmic financer amb el degut coneixement de causa.

L'apartat 9.7 del plec de bases és indeterminat quant a l'import de les tarifes aplicables, de manera que ha de ser anul·lat.

Cinquè.- Sobre la inviabilitat del lot 3

La recurrent considera que el lot 3, que comprèn els serveis de la vall de la Valira del nord, resulta inviable econòmicament i que el propi Govern ho ha admès quan ha reconegut que pot ser necessària la compensació dels resultats entre els diferents lots. Afirmar que la manca d'estudis previs justifica la presumpció de la inviabilitat del lot, sense que sigui necessària una prova pericial per acreditar-la.

Sobre aquest punt, s'han de confirmar les conclusions a què ha arribat la sentència apel·lada. Corresponia a la recurrent la càrrega de la prova de que l'explotació del lot 3 no serà sostenible i, de fet, aquesta acreditació no ha estat aportada. En realitat, es tracta d'una opinió merament subjectiva, que no coincideix amb la d'altres licitadors que han formulat oferta per aquest lot.

Procedeix, doncs, desestimar aquest motiu d'impugnació.

Sisè.- Sobre la impossibilitat de realitzar més d'una proposta

La societat apel·lant discuteix també l'apartat 1.5 del plec de bases, segons el qual cada licitador pot presentar una única proposta per lot i no pot figurar, ni directament ni indirecta, mitjançant societat participada, en més d'una per lot.

En realitat, com s'affirma explícitament en el recurs, es defensa "la conveniència, i fins i tot la necessitat" de poder presentar diverses ofertes, en funció de les circumstàncies concurrents, especialment la relativa a la inviabilitat del lot 3, punt que ja ha estat examinat abans.

És evident que l'argument de la recurrent es refereix a una qüestió d'oportunitat i no de legalitat, ja que no hi ha cap obstacle jurídic que impedeixi a l'Administració limitar el nombre de propostes a una sola. El plec es remet a l'article 8.1 de la Llei de la contractació pública, que no és estrictament aplicable, ja que es refereix a la participació en una UTE. Tanmateix, aquest precepte constitueix un bon exemple de la legalitat d'una limitació d'aquesta naturalesa, de manera que procedeix desestimar igualment aquesta impugnació.

Setè.- Sobre l'assumpció del risc derivat de la fiscalitat aplicable

El contracte s'executa a risc i ventura del contractista, tal com ho disposa l'article 26.4 de la Llei de la contractació pública. En virtut d'aquest principi, resulta evident que el concessionari ha d'assumir el pagament dels impostos que gravin l'activitat en cada moment, que el legislador determina en exercici de la seva potestat tributària. No es pot pretendre que l'Administració assumeixi aquest cost, ja que això suposaria, en realitat, un desplaçament de l'obligació tributària, que resultaria contrària a les normes que la regulen.

Altra cosa és que, en cas de produir-se una modificació substantiva que posi en perill la continuïtat del servei, es pugui sol·licitar que s'adoptin mesures per mantenir l'equilibri econòmic de la concessió, qüestió que resulta aliena al contingut de les bases que ara s'impugnen.

Vuitè.- Sobre la plataforma gestora

L'apartat 8 del plec de bases preveu la constitució d'una societat anònima per part de les empreses concessionàries, que, com a plataforma gestora, tindrà per objecte la gestió de les línies adjudicades, així com l'organització, planificació i coordinació de les línies de transport necessàries durant el curs escolar per desplaçar els usuaris del Bus lliure.

Si no existeix acord per a la creació d'aquesta societat anònima, es preveu la constitució d'una empresa de capital públic, en l'accionariat de la qual hauran de participar les empreses concessionàries, de forma proporcional als lots adjudicats a cadascuna d'elles.

Aquesta plataforma ha d'assumir una pluralitat de funcions, entre les quals s'inclouen la creació, comercialització i distribució dels títols de transport, inclòs un títol específic per als usuaris del Bus lliure; negociar amb cada ministeri el preu dels abonaments nominatius; definir i crear una integració tarifària entre les empreses adjudicatàries; definir, mantenir i fer evolucionar el sistema tecnològic; i preveure, definir i crear la integració tarifària dels serveis parroquials, entre d'altres.

Es tracta de funcions que, en bona part, excedeixen de la mera gestió del servei, que correspon als concessionaris, i que incorporen funcions i facultats d'estricta regulació de l'activitat, com succeeix amb la definició i creació dels sistemes d'integració tarifària, que corresponen a l'Administració i no poden ser exercides pels contractistes, a través d'una societat anònima. Cal tenir en compte, d'una banda, que l'article 9.1 de la Llei 4/2015, de 15 de gener, dels transports per carretera, disposa que les competències en matèria de transport corresponen al Govern i són exercides pel ministeri competent. En segon lloc, també estan en qüestió les competències comunals, en la mesura en què es preveu la integració tarifària dels serveis parroquials, la creació de la qual s'atribueix igualment a la plataforma.

En definitiva, les funcions atribuïdes a aquesta plataforma gestora són pròpies en bona part d'una "autoritat del transport", excedeixen de les facultats de cooperació entre transportistes que preveu l'article 81 de la Llei 4/2015, i no poden ser exercides per una societat privada integrada pels concessionaris, com preveu l'apartat 8 del plec de bases. El fet de que sigui

necessari el vistiplau final de l'Administració no altera aquesta conclusió, ja que les funcions segueixen en tot cas encomanades a la plataforma.

En el supòsit que les empreses adjudicatàries no es posin d'acord per crear aquesta societat anònima, es preveu la constitució d'una empresa de capital públic, en l'accionariat de la qual estaran obligades a participar les primeres. Ara bé, aquesta previsió infringeix la reserva de llei que preveu l'article 2.d) de la Llei general de les finances públiques, ja que només el legislador pot crear les societats amb participació de l'Administració general, la qual cosa inclou determinar l'estructura de capital i l'eventual participació de tercers i en quina proporció. No es pot considerar que la previsió del plec de bases sigui una mera previsió d'un posterior instrument legal, ja que és el propi plec el que determina la participació en el capital de les empreses concessionàries i la proporció en què ho han de fer, vulnerant així la reserva legal existent en la matèria.

En conseqüència, procedeix anul·lar igualment l'apartat 8 del plec de bases.

Novè.- No s'aprecia una especial temeritat ni mala fe que justifiqui la imposició de les costes causades en ambdues instàncies.

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 que interposa l'entitat A SA contra la sentència dictada l'1 de juny de 2017 per la Secció Administrativa del Tribunal de Batlles, la qual es revoca i deixa sense efecte.

Segon.- Estimar en part la demanda formulada per la societat recurrent i declarar no ajustats a dret i anul·lar els apartats 8, 9.7 i 9.8 de les bases de la convocatòria per a la licitació de la concessió de les línies del transport nacional regular de viatgers, de data 1 de juny de 2016.

Tercer.- No efectuar un especial pronunciament sobre les costes causades en ambdues instàncies.

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.