

La admisión de licitadores es un acto de trámite susceptible de recurso especial en materia de contratación (STJUE de 5 de abril del 2017)

Irene Fernández Puyol

Abogada senior del Área de Derecho Público de Gómez-Acebo & Pombo

El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF), que regula el recurso especial en materia de contratación en sus artículos 40 y siguientes, detalla cuáles son los actos susceptibles de dicho recurso especial.

De acuerdo con estos preceptos, sólo puede interponerse este recurso especial frente a los anuncios y los pliegos, a los acuerdos de adjudicación y, además, como cláusula de cierre, frente a aquellos actos de trámite que «decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos». Esta última categoría permite recurrir los acuerdos de exclusión y algunos otros actos concretos de los órganos de contratación, como pueden ser los actos de desistimiento que impedirían la continuación del procedimiento de licitación.

En aplicación de esta normativa, los tribunales han venido inadmitiendo hasta la fecha la impugnación de actos de admisión de licitadores por entender que, con base en el artículo 40.3 del mencionado texto refundido¹, *la admisión sólo era recurrible conjuntamente con el recurso frente a la adjudicación.*

Sin embargo, este sistema de recursos frente a la admisión de licitadores, incorporado igualmente al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público que está siendo debatido en el Congreso de los Diputados, ha sufrido un giro copernicano con la sentencia emitida el pasado miércoles 5 de abril del 2017 por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-391/15 por la que se resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

¹ Artículo 40.3 TRLCSF: «3. Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2 podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación».

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

El caso se plantea a raíz de la licitación iniciada por la Agencia Pública de Puertos de Andalucía en relación con el contrato de concesión de obra pública de la ampliación del Puerto de Marbella La Bajadilla. En dicha licitación, la entidad Marina del Mediterráneo, S. L., y otras empresas interpusieron un recurso especial en materia de contratación administrativa contra el acuerdo de la mesa de contratación de admitir a la unión temporal de empresas de la que formaba parte el Ayuntamiento de Marbella, por considerar que se había infringido el derecho nacional y el de la Unión Europea como consecuencia de la participación de esta unión temporal de empresas en el procedimiento de licitación, al formar parte de ella el Ayuntamiento de Marbella. El recurso especial en materia de contratación administrativa fue desestimado y Marina del Mediterráneo, S. L., y otras empresas interpusieron recurso contencioso-administrativo contra dicha desestimación ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Pues bien, dicho tribunal planteó a las partes la posible concurrencia de una causa de inadmisibilidad del recurso por las razones jurídicas expuestas, pero, por albergar dudas sobre su compatibilidad con las disposiciones de la Unión en materia de contratación pública, decidió suspender el procedimiento y plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha dado lugar a esta sentencia.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea comienza recordando que, como ya ha declarado en pronunciamientos anteriores, toda decisión de un poder adjudicador al que se apliquen las normas del derecho de la Unión en materia de contratación pública y que sea capaz de infringirlas estará sujeta al control jurisdiccional previsto en el artículo 2, apartado 1, letras *a* y *b*, de la Directiva 89/665/CEE, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, «sin distinguir entre ellas en función de su contenido o del momento de su adopción».

La acepción amplia del concepto de «decisión» viene confirmada, a juicio de la sentencia, por el hecho de que el artículo 1, apartado 1, de dicha directiva «no establece ninguna restricción en lo que atañe a la naturaleza y al contenido de las decisiones a las que se refiere», y añade: «por lo demás, una interpretación restrictiva de este concepto sería incompatible con lo dispuesto en el artículo 2, apartado 1, letra *a*, de la misma directiva, que obliga a los Estados miembros a establecer procedimientos de medidas provisionales con respecto a cualquier decisión que adopten los poderes adjudicadores».

En consecuencia, y en contestación a la cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluye que la citada Directiva 89/665/CEE se opone a «una legislación nacional en virtud de la cual la decisión de admitir a un licitador al procedimiento de adjudicación —decisión de la que se ha alegado que infringe el Derecho de la Unión en materia de contratos públicos o la legislación nacional de transposición de ese Derecho— no está incluida entre los actos de trámite de un poder adjudicador que pueden ser objeto de un recurso jurisdiccional independiente».

Y además, y éste es un dato importante, la sentencia señala expresamente que «la Directiva 89/665 “tiene efecto directo”, por lo que la legislación española que contradice sus previsiones queda desplazada y debe ser inaplicable por los tribunales. La posibilidad de recurrir la admisión de un licitador mediante el recurso especial en materia de contratación resulta, por tanto, directamente aplicable cuando se trate de contratos sujetos a la Directiva 89/665/CEE, sin necesidad de esperar a que se modifique la legislación de contratos públicos para adecuarla a esta sentencia.

Esta resolución tiene una enorme relevancia al ser previsible que tenga gran incidencia en la práctica diaria de los procedimientos de contratación y, en particular, en dos ámbitos concretos:

1. Es posible que aumente la litigiosidad en los comienzos del procedimiento de contratación tanto en la fase de apertura de los sobres administrativos como tras el análisis de las ofertas técnicas (incumplimiento de condiciones de solvencia o incumplimiento de las prescripciones incluidas en los pliegos técnicos).
2. Desde el momento en que exista una causa de inadmisibilidad, será recomendable recurrir la resolución de admisión, pues de lo contrario existe el riesgo de que, una vez adjudicado el contrato, no se admitan ya las causas de exclusión del adjudicatario.

En definitiva, sin perjuicio de la aplicación directa desde ahora de la posibilidad de recurrir la admisión de los licitadores, será necesario estar atentos al desarrollo jurisprudencial de esta cuestión, así como a la tramitación parlamentaria de la necesaria adaptación del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público al contenido de la sentencia.