

CON LA VENIA:

La exclusión definitiva del licitador o cuando discutir no vale la pena



Santiago Tomás

Abogado de Faus & Moliner

Es innegable que los seres humanos tenemos una tendencia innata para discutir. Es inevitable ante intereses contrapuestos. La civilización lleva siglos desarrollando mecanismos para arbitrar la discusión y poder funcionar como sociedad. Hoy en día los llamamos recursos o pleitos. Hemos creado profesiones dedicadas en cuerpo y alma a discutir. Abogados, jueces y fiscales hemos hecho de ello todo un arte.

No obstante, existen ocasiones en las que debemos plantearnos ¿vale la pena seguir discutiendo? Al hilo de las recientes sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (TSJCV) de 10 de mayo y 9 de marzo de 2021, en ellas el Tribunal aborda la posibilidad de que un licitador que ha sido excluido de licitación pueda impugnar el acto de adjudicación. Cuando un licitador queda excluido del procedimiento e impugna la decisión que lo excluye normalmente estará interesado en recurrir también la decisión de adjudicación para mantener vivas sus opciones. No obstante, según la doctrina sentada, no siempre podrá hacerlo. Según el TSJCV ese licitador sólo mantendrá su legitimación para recurrir el acto de adjudicación mientras el Tribunal Administrativo no dicte resolución confirmando su exclusión, debiendo inadmitirse o desestimarse el recurso contra la adjudicación a partir de entonces.

El TSCV parte de lo dispuesto en el artículo 2 bis.2 de la Directiva 89/665/CEE de 21 de diciembre de 1989, según el cual se considerarán licitadores afectados por la decisión de adjudicación de un contrato

público, quienes “aún no hayan quedado definitivamente excluidos”. La clave se encuentra en la interpretación de esta noción de “exclusión definitiva”. La misma directiva explica que una exclusión es definitiva si “o bien ha sido considerada legal por un órgano de recurso independiente, o bien no puede ya ser objeto de un procedimiento de recurso”.

Los Tribunales Administrativos de Recursos en materia de Contratos Públicos cumplirían ese requisito de ser órganos de recurso independientes y, por ende, una vez hayan confirmado la decisión de excluir a un licitador, éste pierde toda legitimación para impugnar la adjudicación del contrato, sin importar que aún pudiera impugnarse esta resolución confirmatoria de la exclusión. Podría parecer que dicha postura choca con el derecho a la tutela judicial efectiva del licitador excluido, reconocido en la Constitución, o con la exigencia de procedimientos de recurso “eficaces” según la Directiva 89/665/CEE. Sin embargo, estamos en un ámbito en el que deben ponderarse los intereses del licitador excluido con los intereses generales de seguridad jurídica y de eficiencia de los procedimientos de contratación pública, que no pueden estar interrumpidos sine die o verse anulados años después tras la adjudicación.

Este criterio corrobora la importancia de la fase de preparación de toda oferta que se someta a licitación ya que, una vez excluido un licitador, el margen es muy limitado. Por más que sea natural y, aunque sorprenda que lo diga un abogado, discutir no siempre vale la pena.